Sicherungsübereignung und Gläubigerschutz

Ein Beitrag zur Beseitigung der Hauptmängel der Sicherungsübereignung auf geltender Rechtsgrundlage

Abhandlung
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Alexander Stuczynski
Essen

19 NOLTE 37

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Dölle und Dr. Kipp

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN

INHALTSÜBERSICHT

Schrifttumsverzeichnis VII

Abkürzungen X

§ 1 Inhalt und Umgrenzung der Fragestellung 1

1. Teil.

Die Gefahren der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers.

§ 2 Das Wesen und die Besonderheit der Sicherungsübereignung 3

§ 3 Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung 4

§ 4 Die Hauptmängel der Sicherungsübereignung 11

2. Teil.

Überblick über den bisherigen Schutz unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers in herrschender Lehre und Rechtsprechung.

§ 5 Die Anfechtungsmöglichkeiten nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz 14

§ 6 Die Rechtsbehelfe auf Grund des BGB 15

§ 7 Die Wirkungen des Sicherungseigentums bei Pfändungen in das Sicherungsgut und im Konkurs des Sicherungsgebers . . 23

§ 8 Die Unzulänglichkeit dieses Schutzes und deren Gründe . . 25

§ 9 Das Ziel der Reformvorschläge, die im Schrifttum hauptsächlich vertreten sind 29

3. Teil.

Beseitigung der Hauptmängel der Sicherungsübereignung auf geltender Rechtsgrundlage.

1. Kapitel:

Die Rechte am Sicherungsgut 31

§ 10 Die Rechte am Treugut im römischen und alten deutschen Recht 31

§ 11 Der Treuhänder als Nichtvollberechtigter? Die Gestaltungsmöglichkeiten einer solchen Rechtszuständigkeit am Treugut und deren Unanwendbarkeit auf das Sicherungseigentum . . 39

§ 12 Die Rechtsprechung und die Mängel in deren Begründung . . 44

§ 13 Der Standpunkt der Lehrmeinungen und Stellungnahme dazu 49

§ 14 Die Ansicht des Reichsfinanzhofes 56

2. Kapitel:

Die Schranken der Rechte des Sicherungseigentümers am Treugut nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der guten Sitten 57

§ 15 Die Bedeutung dieser Grundsätze, insbesondere die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung 58

§ 16 Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das Sicherungseigentum 65

3. Kapitel:

Die Wirkungen der dem Sicherungseigentümer bei Ausübung seiner Rechte gezogenen Schranken 67

§ 17 Der Zwang zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung als Wirkung dieser Beschränkung? 67

§ 18 Der Sicherungseigentümer in der Stellung als Pfandgläubiger, der nicht im Besitz des Sicherungsgutes ist. Insbesondere die Anwendbarkeit der §§ 805 ZPO und 48 KO auf das Sicherungseigentum 70

4. Kapitel:

§ 19 Rechtspolitische Rechtfertigung der Lösung 76

Schrifttumsverzeichnis:

Ackermann, Die Sicherungsübereignung an Warenlagern. (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgeg. v. Heymann, Nr. 28). Marburg 1919.

Armstroff, Die Schadensersatzpflicht bei Gläubigerbenachteiligung. DJZ 1934 Sp. 901.

Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Auflage. München 1934.

Beyerle, Franz, Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts. Weimar 1932.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 8. Auflage, München und Leipzig 1930.

Colditz, Sittenwidrige und zum Schadensersatz verpflichtende Sicherungsübereignungen, (Diss.) Leipzig 1934.

Diepenbrock, Realkredit und Schädigung Dritter. (Diss.) Erlangen 1934.

Dölle, Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat. Schmollers Jahrb. 1933 (57. Jahrgang, II. Halbband) S. 649 ff.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht. DJ 1934 Sp. 1016 ff.

— Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 3. Band, S. 22 ff. Berlin und Leipzig 1929. (Zitiert: „Eigentumsanspruch").

— Theoretische Jurisprudenz in Nordamerika. Gruch. Beitr. Bd. 68 S. 492 ff.

Dorenberg, Die Eigentumsverhältnisse bei der Sicherungsübereignung und ihre Auswirkung auf die Zwangsvollstreckung (Diss.) Marburg 1934.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8./9. Auflage. 1. Band Berlin 1903. 2. Band Berlin 1908.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1931.
Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, 1932.

Fehr, Das kommende Recht. Berlin und Leipzig 1933.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. 2. Band, Sachenrecht, Leipzig 1905.

Gottschalk, Die Sicherungsübereignung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts. ArchZivPr. Bd. 138 (neue Folge Bd. 18) S. 17 ff.

Groffebert, Unzulässige Sicherungsübereignungen. (Diss.) Greifswald 1935.

Hager, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Recht. (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausgeg. v. Otto Fischer). München 1913.

Haemmerle, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhandverhältnisses? Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags, Bd. 1 S. 632 ff. Berlin und Leipzig 1930.

Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.

Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Ein Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

— Reichsgericht und Wirtschaftsrecht. (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena). Jena 1929.

— Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1924.

Hellwig, Gläubigernot. Sicherungsübereignung und andere Schiebungen. Recht und Wirtschaft 1912 S. 25 ff., 62 ff., 84 ff.

Hesselbach, Nutzen und Wesen der Sicherungsübereignung. Wien und Leipzig 1930.

Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen Deutschen Staate. Schriften der Akademie für Deutsches Recht, V. Gruppe. Berlin und Leipzig 1935.

Herting, Die Kredittäuschung. (Diss.) Halle (Saale) 1935.
Holtz, Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel. (Diss.) Köln 1935.
Huppertz, Die Grenzen zulässiger Bindung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit. (Diss.) Köln 1935.
Jaeger, Komentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Auflage. Berlin und Leipzig. 1. Band 1931. 2. Band 1936.
Jörs, Geschichte und System des römischen Privatrechts. Berlin 1927.
Jung, Bürgerliches Recht. Das gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung, herausgeg. v. Rudolf Stammler, Band 1 S. 448 ff.
Kernert, Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 54. Leipzig 1930.
Kochan, Der Fiduziar im Konkurs. (Diss.) Breslau 1931.
Krotoschiner, Der Schutz des Kreditverkehrs vor den Gefahren aus zu umfangreichen Sicherungsübereignungen. (Diss.) Freiburg 1933.
Kunisch, Die rechtliche Stellung des Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars. (Diss.) Halle 1931.
Lange, Generalklausel und neues Recht. JW 1933 S. 2858.
— Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht. Tübingen 1933.
— Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
— Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. Tübingen 1934.
Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie. Tübingen 1934. (Zitiert: „Rechtserneuerung").
— Rechtsperson und subjektives Recht. Berlin 1935. (Zitiert: „Rechtsperson").
H. Lehmann, Gläubigerschutz. Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.
— Zur Lehre der Verwirkung. JW 1936 S. 2193.
K. H. Lehmann, Die Sicherungsübereignung als Haftungstatbestand. Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, neue Folge, Heft 17. Mannheim, Berlin, Leipzig 1935.
v. Liebig und Bechert, Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft (Sammelreferat). KVjSchr. 1934 (Bd. 27) S. 151 ff.
Liebisch, Steuerrecht und Privatrecht. Köln 1933.
Maaß, Vom Sicherungseigentum im Vergleichsverfahren des Sicherungsgebers. JW 1936 S. 1095 ff.
Martin, Grenzen der Sicherungsübereignung. (Diss.) Halle 1933.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 3. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1928.
Merk, das Eigentum im Wandel der Zeiten. Langensalza 1934.
Neuschäffer, Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts. Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 633 ff.
Nord, Das Recht des Treuhänders. Berlin 1927.
— Zur Klärung des Sicherungseigentums. JRdsch. 1927 S. 590.
Oertmann, Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft. Leipzig 1931.
— Bemerkungen zur Rechtsnatur der Widerspruchsklage. ZPO § 771. JRsch. 1933 Bd. I S. 165 ff.
— Die fiducia. Berlin 1890.
Oppikofer, Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung. Tübingen 1927.
Rumpf, Kredittäuschungsverträge. LZ 1932 Sp. 1265 ff.
Schaefer, Die Einzelgläubigeranfechtung. Berlin 1930.
Schmelzeisen, Die Überwindung der Starrheit im neuzeitlichen Rechtsdenken. Berlin 1930.
Schless, Mittelbare Stellvertretung und Treuhand. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 66. Leipzig 1931.
Otto Schmidt, Die Auswirkung der Sicherungsübereignung in Konkurs und Zwangsvollstreckung. (Diss.) Gießen 1930.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches. München 1912.
Schröder und v. Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.
Schwister, Anwartschaft und Kredit. DJZ 1934 Sp. 1024 ff.
— Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht. DJZ 1931 Sp. 1163 ff.
— Rechtsprechung und Kreditwesen. DJZ 1934 Sp. 12 ff.
Siber, Schranken der privaten Rechte. Leipziger Rektoratsrede vom 31. Oktober 1926. Leipzig 1927.
Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgeg. v. Heymann, Nr. 68) Marburg 1933.
(Zitiert: „Treuhandverhältnis").
— Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.) Marburg 1934.
(Zitiert: „Verwirkung").
— Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. (Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft). Berlin 1935.
(Zitiert: „Rechtsmißbrauch").
Stampe, Unsere Rechts- und Begriffsbildung. Greifswald 1907.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage 1936.
Bd. II, 1. Teil, Schuldverhältnisse, 9. Auflage 1928.
Bd. III, Sachenrecht, 10. Auflage 1936.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I—III, 8. Auflage 1935.
(Gaupp-) Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. I und II, 15. Auflage, Tübingen 1934.
Stutz, Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer. (Diss.) Heidelberg 1933.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts.
I. Band, Leipzig 1910.
II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914.
II. Band, 2. Hälfte, München und Leipzig 1918.
Vetsche, Die Umgehung des Gesetzes. (Diss.) Zürich 1907.
Vogels, Kommentar zur Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935. Berlin 1935.
Weinhausen, Die Sicherungsübereignung. Berlin 1932.
Weisweiler, Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandes. (Diss.) Köln 1921.
Wendt, Die exceptio doli im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. ArchZivPr. Bd. 100 S. 1 ff.
Wieacker, Wandlung der Eigentumsverfassung. Hamburg 1935.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band. 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, Max, Das Treuverhältnis. Zeitschr. d. Anw. Kammer im OLG-Bezirk Breslau (Festgabe f. Heilberg) 1928 S. 41 ff.
— Widerspruchsklage und Aussonderung. JW 1930 S. 1470.
Würdinger, Wandlung in der Eigentumsverfassung. Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 70 ff.
Deutscher Juristentag 1933. Ansprachen und Fachvorträge zusammengestellt und bearbeitet von Rudolf Schraut. Berlin 1935.

Abkürzungen.

ArchZivPr. = Archiv für Zivilistische Praxis.
BayrZ =Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BankArch. = Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank und Börsenwesen.
DJ = Deutsche Justiz.
DJZ = Deutsche Juristenzeitung.
Gruch. Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Jherings Jahrb. = Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JRsch. = Juristische Rundschau.
JW = Juristische Wochenschrift.
KonkTreuh. = Konkurs- und Treuhandwesen.
LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
NS-Handbuch = Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, herausgeg. v. Hans Frank. 2. Auflage. München 1935.
Recht = Das Recht.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RFH = Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs.
Schmollers Jahrb. = Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Recht.
KVjSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
ZZP = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.
Zeitschr. d. Akademie f. D. R. = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.

§ 1.

Inhalt und Umgrenzung der Fragestellung.

In dem umfangreichen Schrifttum über die Sicherungsübereignung herrscht Einstimmigkeit darüber, daß sie in ihrer heutigen Ausgestaltung Mängel aufweist, die sich zum Nachteil der unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers auswirken. Seit sich die gesetzlich nicht geregelte Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung durchzusetzen begann, sind deshalb auch bis in die neueste Zeit hinein immer wieder im Interesse des Gläubigerschutzes Vorschläge zu deren Reform gemacht worden. Die Zahl dieser Vorschläge und die Dringlichkeit, mit der sie an den Gesetzgeber gerichtet sind, lassen erkennen, daß man diese Mängel auf geltender Rechtsgrundlage nicht beseitigenzu können glaubt. Es muß jedoch versucht werden, diesen Mängeln schon nach geltendem Recht zu begegnen. Gerade heute erscheint dieser Versuch, Unbeteiligte zu schützen, als besonders aussichtsvoll. Denn auch das „bürgerliche" Recht hat „seinen Maßstab allein aus dem Wohl der Gesamtheit" zu gewinnen (Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 651), eine Berücksichtigung gerechtfertigter Interessen Dritter ist also in höherem Maße als bisher möglich. Dieser Versuch ist aber auch erforderlich. Denn wenn ein Mangel erkannt ist, hat die nächste Sorge seiner Beseitigung zu gelten, und zwar muß diese zunächst mit den zur Zeit zur Verfügung stehenden Mitteln betrieben werden. Ferner ist — was oft übersehen wird — zu berücksichtigen, daß eine gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung mit der Stellungnahme zu grundsätzlichen Fragen der Treuhandgeschäfte sowie des Kreditwesens verbunden ist. Die einzelnen Fragen können aber auf diesen Gebieten nicht ohne weiteres unabhängig voneinander gelöst werden. Jedenfalls ist es gerade in der jetzigen Zeit der Um- und Neugestaltung auf allen Gebieten nicht abzusehen, wann eine gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung erfolgen wird, so erforderlich diese auch sein mag. Schließlich sind auch Bedenken gegen eine gesetzliche Regelung der Sicherungsübereignung erhoben worden. Diese richten sich jedoch in erster Linie gegen den einen oder den anderen Vorschlag sowie gegen eine starre, den Wirtschaftsverkehr und die wirtschaftliche Entwicklung hindernde gesetzliche Festlegung der Sicherungsübereignung, und wohl nicht so sehr gegen eine gesetzliche Regelung grundsätzlicher Fragen der Treuhand überhaupt und damit auch der Sicherunstreuhand und Sicherungsübereignung.

Einen Beitrag zur Beseitigung der Mängel der Sicherungsübereignung nach geltendem Recht zu liefern, ist Zweck der vorliegenden Arbeit. Die

Untersuchung erfaßt nicht nur die in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommenen Sicherungsübereignungen, sondern es sollen gerade auch die bei redlichen Sicherungsübereignungen auftretenden Mängel geprüft werden. Andererseits soll die Untersuchung auf die Sicherungsübereignungen beschränkt werden, bei denen die Übereignung dergestalt erfolgt, daß der Übereigner im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgutes bleibt. Es sind dies die weitaus häufigsten Sicherungsübereignungen. Sie dienen nur als Ersatz des unserem Rechte unbekannten Besitzlosenpfandrechts. Gerade diese Sicherungsübereignungen bringen auch eine besondere Gefährdung unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers mit sich. Denn der Fortfall des Sicherungsgutes aus dem Vermögen des Sicherungsgebers ist für diese Gläubiger nicht erkennbar. Es scheiden somit für die Untersuchung die selteneren Fälle aus, in denen die Sicherungsübereignung über den Zweck einer Pfandbestellung hinausgeht, wie es z. B. beim sog. Treuhandvergleich vielfach der Fall ist.

Es soll also untersucht werden, ob und inwieweit es auf geltender Rechtsgrundlage möglich ist, die Gefahren der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers zu beseitigen. Voraussetzung einer solchen Untersuchung ist die Kenntnis der Mängel der Sicherungsübereignung, die diese Gefahren zur Folge haben. Deshalb sollen zunächst (im 1. Teil der Arbeit) diese Mängel aufgezeigt werden. Daran anschließen soll sich (im 2. Teil der Arbeit) ein Überblick über den bisherigen Schutz unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers in herrschender Lehre und Rechtsprechung. Denn erst wenn sich die Unzulänglichkeit dieses Schutzes und deren Gründe herausgestellt haben, sollen (im 3. Teil der Arbeit) neue Wege zur Beseitigung der Mängel der Sicherungsübereignung gesucht werden, und zwar sollen zu diesem Zweck die Rechte am Sicherungsgut, deren Wirkung bei Pfändung des Sicherungsgutes und im Konkurs des Sicherungsgebers sowie die Möglichkeit ihrer Beschränkung geprüft werden.

1. Teil.

Die Gefahren der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers.

§ 2.

Das Wesen und die Besonderheit der Sicherungsübereignung.

Die Sicherungsübereignung dient der Kreditsicherung. Mit ihrer Hilfe soll es einem Schuldner ermöglicht werden, einen Gläubiger durch den Wert beweglicher Sichen sicherzustellen. Die im Gesetz geregelte rechtliche Form, die diesem Zwecke genügen soll, ist die der Pfandbestellung. Diese kann jedoch nicht so erfolgen, daß dem Schuldner der Besitz und damit die Nutzungsmöglichkeit des Sicherungsgutes erhalten bleibt. Deshalb wird statt der Pfandbestellung eine Übereignung unter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses (§ 930 BGB) vorgenommen, wenn der Schuldner das Sicherungsgut weiter besitzen soll. Der Gläubiger erhält dabei am Sicherungsgut das volle Eigentumsrecht. Er wird aber verpflichtet, seine Rechtsmacht nur beschränkt, und zwar nur insoweit auszuüben, als es der Sicherungszweck erfordert. Der Gläubiger soll also nur dann von seinem Eigentumsrecht Gebrauch machen und das Sicherungsgut zur Deckung seiner Forderung verwerten, wenn er nicht rechtzeitig befriedigt wird. Nach Erlöschen der Forderung hat der Gläubiger deshalb auch das Eigentum am Sicherungsgut auf den Schuldner zurückzuübertragen. Oft wird auch bei der Eigentumsübertragung auf den Gläubiger vereinbart, daß in diesem Falle das Eigentum an den Schuldner zurückfällt.

Diese Art der Kreditsicherung ist für den Schuldner insofern unwirtschaftlich, als er das volle Eigentumsrecht überträgt, obwohl der Gläubiger nur eine beschränkte Rechtsmacht erlangen soll. Diese Unwirtschaftlichkeit muß der Schuldner aber in Kauf nehmen, da er nach unserer Rechtsordnung keinen anderen Weg hat, das gewünschte Ziel zu erreichen, nämlich bewegliche Sachen unter Aufrechterhaltung seines Besitzes zur Kreditsicherung zu verwerten. Den Gefahren, die für den Schuldner infolge der Stellung des Gläubigers als Eigentümer bestehen, soll dadurch begegnet werden, daß dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt wird, von seinem Eigentumsrecht nur einen durch den Sicherungszweck beschränkten Gebrauch zu machen. Der Gläubiger erhält das Eigentum „zu treuen Händen" übertragen, er erwirbt das Eigentum zu eigenem Recht, ohne daß

er dieses als eigenes ausüben soll. Somit gehört die Sicherungsübereignung zu den treuhänderischen Rechtsgeschäften: die rechtliche Form übersteigt den wirtschaftlichen Zweck.

Das vereinbarte Verpflichtungsverhältnis (pactum fiduciae) dient also dazu, die bei der Übertragung des Eigentums an sich erforderliche Übergabe nach § 930 BGB zu ersetzen und das dingliche Rechtsgeschäft durch eine dem wirtschaftlichen Zweck entsprechende Beschränkung zu entkräften. Darüber hinaus schafft es zusammen mit dem Sicherungszweck den rechtlichen Grund, die causa, für die Übertragung des vollen Eigentumsrechts auf den Gläubiger.

Als Besonderheit erscheint das Verhältnis, in dem Schuldner und Gläubiger zum Sicherungsgut stehen. Der Schuldner hat es in tatsächlichem Besitz. Ihm ist es meist sogar für seine Wirtschaftsführung unentbehrlich. Der Gläubiger hat daran das Eigentum zu eigenem Recht erworben. Er soll es aber nicht in vollem Umfang als eigenes ausüben. Eine derartige dingliche Berechtigung von Personen an einer Sache ist unserem Sachenrecht unbekannt. Dingliche Rechte, die den Interessen der Beteiligten am Sicherungsgut Rechnung tragen, können also nicht begründet werden. Insbesondere engt die vereinbarte Zweckbeschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers dessen Eigentumsrechte Dritten gegenüber nicht ein. Schwierigkeiten werden also dann entstehen, wenn das Bestehen des dinglich unbeschränkten Eigentumsrechts der Durchführung gerechtfertigter Interessen Dritter hinderlich ist. Dies wird sogar selbst dann der Fall sein, wenn die Durchführung dieser Interessen Dritter dem mit der Sicherungsübereignung verfolgten Zweck nicht entgegenstehen würde. Mit diesen Schwierigkeiten werden vor allem die unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers zu kämpfen haben. Diese werden insbesondere bei einem Zugriff auf das Sicherungsgut bestrebt sein, dem Sicherungseigentümer auch mit Wirkung ihnen gegenüber nur eine gebundene, dem Sicherungszweck entsprechende Rechtsstellung einzuräumen.

§ 3.

Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung.

Vor Prüfung der Frage, welche Hauptmängel der Sicherungsübereignung anhaften, soll untersucht werden, *ob* die Sicherungsübereignung *überhaupt zulässig* ist, zumal gerade in neuester Zeit wieder Stimmen laut werden, die die Daseinsberechtigung der Sicherungsübereignung und ihre Gültigkeit bestreiten (vgl. insbesondere die Entscheidung des LG Breslau vom 18. 1. 1934 in DJ 1935 S. 413).

Mit dem Hinweis darauf, daß der Sicherungsgeber das Sicherungsgut nach erfolgter Übereignung ebenso besitzt und nutzt wie

vorher, und dem Sicherungsnehmer nur ein zweckbeschränktes Eigentumsrecht übertragen werden soll, wird geltend gemacht, die Sicherungsübereignung als solche sei ein Scheingeschäft (vgl. Schwister in JW 1931 S. 1160 ff., 1163). Denn es solle in Wahrheit nicht Eigentum übertragen, sondern ein Pfandrecht begründet werden. Diese verdeckte Pfandbestellung sei aber mangels der erforderlichen Besitzeinräumung unwirksam. Damit sei die Sicherungsübereignung nichtig (§ 117 BGB).

Eine derartige Erwägung wird aber dem Wesen der Sicherungsübereignung nicht gerecht. Denn es ist der Sicherungsübereignung notwendig eigentümlich, daß dem Sicherungsnehmer ein selbständiges Eigentumsrecht verschafft wird. Dieses Recht ist ihm treuhänderisch übertragen. Gerade der Treuvertrag ist die Grundlage (causa) für die Übertragung des Vollrechts. Man müßte, wenn man die Sicherungsübereignung als solche für ein Scheingeschäft hält, alle fiduziarischen Rechtsgeschäfte als Scheingeschäfte ansehen. Darüber, daß dies nicht angeht, herrscht heute aber Übereinstimmung (vgl. Jung S. 586; a. A. allerdings Fuchs in ArchzivZr. Bd. 115 S. 84 ff., der die Sicherungsübereignung als „pseudonymes Rechtsgeschäft" bezeichnet).

Daß ein fiduziarisches Rechtsgeschäft seinem Wesen nach kein Scheingeschäft ist, folgt schon aus § 223 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift setzt die Übertragung eines Rechts zur Sicherung einer Forderung und damit das Bestehen eines treuhänderischen Rechtsgeschäftes voraus. Sie ist übrigens die einzige Bestimmung des BGB, die ein Treuhandgeschäft zum Gegenstand hat.

Selbstverständlich kann auch die Sicherungsübereignung im Einzelfalle wie jedes andere Rechtsgeschäft als Scheingeschäft erscheinen. Sie ist es aber nicht begriffsnotwendig.

Gewichtiger ist der schon von Hellwig (in Recht und Wirtschaft 1911 S. 27 f.) erhobene Einwand, die Sicherungsübereignung sei eine unzulässige Gesetzesumgehung, weil sie lediglich das im Interesse der Verkehrssicherheit gesetzlich verbotene, für Dritte nicht erkennbare Besitzlosenpfandrecht ersetzen solle.

Diesen Bedenken wird meist mit dem Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB begegnet, der voraussetze, daß zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen ist, und damit die Sicherungsübereignung anerkenne (vgl. RG Bd. 57 S. 177 und RG in Gruch. Beitr. Bd. 48 S. 869 und angef. Entsch.). Diese Schlußfolgerung ist aber nicht zwingend:

Allerdings kann der Ansicht nicht zugestimmt werden, daß die Bestimmung des § 223 BGB nur von zur Sicherung vorgenommenen F o r d e r u n g s abtretungen und nicht von Übereignungen handele. Denn es ist dort allgemein von der zur Sicherung eines Anspruchs vorgenommenen Übertragung eines Rechtes, nicht aber nur von der Übertragung von Forderungsrechten die Rede. Man kann demgemäß dem § 223 BGB entnehmen, daß ganz allgemein die Übertragung eines Rechtes zum Zwecke der Sicherung einer Forderung zu-

lässig ist. Darüber hinaus kann sogar aus dieser Bestimmung gefolgert werden, daß die Übertragung des Eigentumsrechtes zu diesem Zwecke als möglich vorausgesetzt wird. Es geht aber nicht an, darin eine Anerkennung der ohne Besitzeinräumung vorgenommenen Eigentumsübertragung zur Kreditsicherung, der Sicherungsübereignung im engeren Sinne, selbst dann zu erblicken, wenn diese eine Umgehung einer anderen gesetzlichen Vorschrift bedeutet. Das verbietet die allgemeine Fassung des § 223 Abs. 2 BGB (vgl. Staudinger zu § 223 BGB Anm. 3). Mit den gesetzlichen Bestimmungen über das Pfandrecht an beweglichen Sachen steht aber die Sicherungsübereignung im Widerspruch:

Im geltenden Recht ist — abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Eigentumsvorbehalt — nur eine Form der Kreditsicherung durch bewegliche Sachen geregelt: das Pfandrecht. Die Bestimmungen hierüber (§§ 1204 ff. BGB) bieten dem Schuldner nun nicht die Möglichkeit, eine Sache zu verpfänden, ohne daß er dabei seinen unmittelbaren Alleinbesitz aufzugeben braucht. Denn bei der Pfandrechtsbestellung kann die an sich erforderliche Übergabe nicht, wie es nach § 930 BGB bei der Eigentumsübertragung der Fall ist, durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt werden (§ 1205 BGB). Diese Ausgestaltung des Pfandrechts ist erfolgt, weil so die Offenkundigkeit der dinglichen Berechtigung am besten gewährleistet ist. Dabei ist nicht das Entscheidende, daß der Pfandbestellungsakt durch tatsächliche Übergabe der Sache verkörpert wird. Es kommt vielmehr darauf an, daß der Schuldner für die Dauer des Bestehens der dinglichen Berechtigung des Gläubigers nicht im Besitz des Sicherungsgutes ist. Aus diesem Grunde kann auch bei der Pfandbestellung die Übergabe der Sache dann ebenso wie bei der Eigentumsübertragung ersetzt werden, wenn sich der Schuldner nicht im Besitz der Sache befindet. Auch ist es deshalb für das Bestehen des Pfandrechts unerheblich, ob der Gläubiger den Besitz der Pfandsache aufhebt. Nur darf er diese nicht dem Schuldner zurückgeben. In solchem Falle wäre selbst die zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Fortdauer des Pfandrechts unwirksam (§ 1253 BGB). Diese Regelung ist zum Schutze unbeteiligter Gläubiger des Schuldners getroffen worden. Es soll verhindert werden, daß ein Schuldner an in seinem Besitz befindlichen Sachen einem seiner Gläubiger unbemerkt rechtsgeschäftlich ein Recht einräumen kann, das diesen vor anderen Gläubigern zur Verwertung dieser Sachen berechtigt. Die Sicherungsübereignung, die ja lediglich ein Ersatz des fehlenden Besitzlosenpfandrechts ist, steht also mit der gesetzlichen Regelung des Pfandrechts im Widerspruch. Damit stellt sie aber eine Umgehung des Gesetzes dar (so auch — jedenfalls „im Grunde genommen" die herrschende Lehre; vgl. K. H. Lehmann, S. 5; Hedemann, „Reichsgericht und Wirtschaftsrecht", S. 301; Jung, S. 587; s. auch RFH Bd. 19 S. 131).

Es ist nun eingewandt worden, eine Gesetzesumgehung liege trotz allem deshalb nicht vor, weil sich der Verstoß nicht gegen ein gesetzliches Verbot richte. § 1205 BGB lege nur den Tatbestand fest, der erfüllt sein müsse, damit der gewünschte Rechtserfolg eintritt. Es werde also dort lediglich gesagt, daß ein Pfandrecht für den Gläubiger nur entstehen könne, wenn ihm das Pfand wirklich übergeben werde. Vom Gesetz werde demnach allerdings der Kampf gegen das Besitzlosenpfandrecht geführt, jedoch nicht mittels eines Verbotes.

Eine solche Auffassung widerspricht aber dem Sinn und Zweck des Gesetzesrechts. Denn dieses soll ein gewünschtes Ziel nicht nur verfolgen, sondern auch erreichen. Für unsre heutigen Gesetze, die wir als Akt der Führung ansehen (vgl. Höhn im Deutschen Recht 1934 S. 433 und Hildebrandt, ebenda S. 354), erscheint dies als selbstverständlich. (Es handelt sich ja hier zunächst nicht darum, ob und inwieweit wir an Gesetze gebunden sind, die aus einer anderen als unserer heutigen Weltanschauung geboren sind, und unter welchen Umständen wir zur Feststellung und Ergänzung sog. gesetzlicher Wertungslücken berechtigt sind. Vgl. dazu Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 654 und Hildebrandt, „Rechtsfindung" S. 75 ff.). Wenn also eine Vorschrift den Zweck verfolgt, die Gefahren heimlicher vertraglicher Pfandrechte an im unmittelbaren Besitz des Schuldners befindlichen Sachen zu verhindern, dann soll mittels dieser Vorschrift auch dieser Zweck erreicht werden. § 1205 BGB enthält demnach ein Verbot des Besitzlosenpfandrechts. Die Sicherungsübereignung, die als Ersatz dieses verbotenen Pfandrechts geschaffen wurde, ist also eine Umgehung des Gesetzes.

Auch der Hinweis darauf, daß dem BGB im § 455 eine heimliche Sicherung einer Forderung nicht unbekannt ist (vgl. K. H. Lehmann a.a.O. S. 23), kann die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht erklären. Denn der in dieser Vorschrift geregelte Eigentumsvorbehalt läuft nicht „für einen Sonderfall auf dasselbe hinaus wie die Sicherungsübereignung". Bei der Eigentumsübertragung, die Umsatzzwecken dient, wird im Gegensatz zur Pfandbestellung, mit der Sicherungszwecke verfolgt werden, der Erkennbarkeit des Rechtserwerbs kein entscheidender Wert beigemessen. Die „besitzlose" Eigentumsübertragung und eben auch die Übertragung unter Eigentumsvorbehalt wird zugelassen. Die Möglichkeit der heimlichen Kreditsicherung des Veräußerers nach § 455 BGB steht also in keinem Widerspruch zu der im § 1205 BGB getroffenen Regelung. Das Sicherungseigentum, „dessen Funktion in der Sicherung der Abwicklung einer Wertbewegung steht", ist eben grundverschieden von dem „im BGB geregelten Nutzeigentum, das niemals von der Rechtsordnung als Mittel zur Durchführung einer Wertbewegung, sondern immer als Resultat einer durchgeführten Wertbewegung ins Auge gefaßt ist, dessen Wirkungen also über-

haupt erst nach der Durchführung der Wertbewegung beginnen sollen" (Stampe, „Unsere Rechts- und Begriffsbildung" S. 74).

Daß sich der im § 455 BGB geregelte Eigentumsvorbehalt grundsätzlich von der Sicherungsübereignung unterscheidet, wird besonders deutlich, wenn man beide Kreditsicherungsmittel vom Standpunkt unbeteiligter Gläubiger des im Besitz der übereigneten Sachen befindlichen Schuldners betrachtet. Die dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Sachen haben noch nicht im Eigentum des Schuldners gestanden. Sie konnten deshalb auch der Vollstreckung durch diese Gläubiger nicht entzogen werden. Vielmehr erscheint es billig, daß die Waren, die ein Gläubiger an den Schuldner geliefert hat, diesem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung aus diesem Lieferungsvertrage dienen. Das aber ermöglicht der Eigentumsvorbehalt. Bei der Sicherungsübereignung dagegen sind Sachen, die dem Schuldner gehören und damit dem Gläubigerzugriff unterlagen, zugunsten des Sicherungsnehmers der Vollstreckung durch diese Gläubiger entzogen worden. Während also beim Eigentumsvorbehalt dritte Interessen zunächst nicht zu wahren sind, werden durch die Sicherungsübereignung die Gläubiger des Sicherungsgebers unmittelbar betroffen (vgl. H. Lehmann, „Gläubigerschutz" S. 60). Für die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung besagt es jedenfalls nichts, daß auch der Eigentumsvorbehalt eine heimliche Kreditsicherung darstellt.

Die Sicherungsübereignung ist also eine Umgehung des gesetzlichen Verbotes eines Besitzlosenpfandrechts. Ist damit aber gesagt, daß sie unzulässig ist?

Nach § 143 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, grundsätzlich nichtig. Es soll mittels dieser Vorschrift ganz allgemein verhindert werden, daß unter Ausnutzung an sich zulässiger rechtlicher Möglichkeiten ein Erfolg erreicht wird, den andere gesetzliche Bestimmungen unterbinden wollen. In Staudingers Kommentar wird nun, auch in der neuesten Auflage (10. Auflage, 1936; zu § 134 BGB Erl. 3), die Ansicht vertreten, es ließe „sich nicht schlechtweg behaupten, daß die Nichtigkeit auch solche Rechtsgeschäfte treffe, die zur Umgehung des Gesetzes abgeschlossen sind, also in anderer Rechtsform den nämlichen oder einen ähnlichen Zweck erreichen wollen, wie dem, welchem das Verbotsgesetz entgegentritt." Dieser Auffassung kann aber nicht beigetreten werden. Denn in der Vereitelung des Gesetzeszweckes ist „schlechtweg" immer auch ein Zuwiderhandeln gegen das gesetzliche Verbot zu sehen. Die Umgehung des Gesetzes (das Handeln in fraudem legis) ist eben dem Verletzten des Gesetzes (dem Handeln contra legem) gleichzusetzen. Das allein entspricht Sinn und Zweck des Gesetzesrechtes; in beiden Fällen wird ja dem Gesetzeszweck zuwidergehandelt (vgl. dazu Wacke in Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 110 ff.; RGRKomm. z. § 134 BGB Erl. 1).

Die Sicherungsübereignung müßte demnach als Gesetzesumgehung für unzulässig erklärt werden. Dieser wegen des bestehenden Verkehrsbedürfnisses unliebsame Schluß braucht aber nicht gezogen zu werden, weil die Sicherungsübereignung kraft Gewohnheitsrechts zur Rechtseinrichtung geworden ist (so herrschende Lehre. Vgl. Enneccerus-Lehmann § 139 II 4b). Und es ist anerkannt, daß auch das Verbotsgesetz gewohnheitsrechtlicher Aufhebung verfallen kann (vgl. Hildebrandt, „Rechtsfindung" S. 37). Eine gewohnheitsrechtliche Bindung stellt jedoch Anforderungen zunächst an Rechtsübung und Rechtsvorstellung. Sind diese erfüllt?

Das RG weist selbst immer wieder darauf hin, daß die Gültigkeit der Sicherungsübereignung von ihm in ständiger Rechtsprechung bejaht wird (vgl. schon RG Bd. 59 S. 147). Diese Rechtsprechung ist auch von den unteren Gerichten und der Wissenschaft anerkannt worden. Die bereits erwähnte Entscheidung des LG Breslau vom 18. 1. 1934 (in DJ 1935 S. 413), in der die Gültigkeit der Sicherungsübereignung verneint wird, bringt eine nur vereinzelt vertretene Auffassung zum Ausdruck. Ihre Bedeutung soll bei der weiter unten zu behandelnden Frage nach der Fortgeltung dieses Gewohnheitsrechts untersucht werden. Nicht nur von Rechtsprechung und Wissenschaft wird die Sicherungsübereignung anerkannt. Sie wird auch im Wirtschaftsleben als aufgeltender Rechtsgrundlage beruhend angewandt. Die geforderte Rechtsvorstellung ist also ebenfalls vorhanden. Die Anerkennung der Sicherungsübereignung als einer gewohnheitsrechtlich geschaffenen Rechtseinrichtung kann schließlich nicht stärker zum Ausdruck kommen als darin, daß ihr Bestehen in einigen Gesetzen vorausgesetzt wird, und zwar im § 22 des Pächterkreditschutzgesetzes vom 9. Juli 1926 (RGBl. I S. 399), im § 260a HGB, der durch Art. V 2 der Notverordnung vom 19. September 1931 eingefügt wurde (RGBl. I S. 495), im § 8b der Notverordnung zur Sicherung der Ernte und der landwirtschaftlichen Entschuldung vom 17. November 1931 (RGBl. I S. 676) sowie in den §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 2 der Vergleichsverordnung vom 26. Februar 1935 (RGBl. I S. 321 ff.) und dem § 24 des Urkundensteuergesetzes vom 5. Mai 1936 (RGBl. I S. 407 ff.).

Meist wird mit dem Bemerken, die Sicherungsübereignung sei jedenfalls kraft Gewohnheitsrechtes zur Rechtseinrichtung geworden, die Frage nach deren Zulässigkeit nicht weiter geprüft. Es wird vielleicht noch darauf hingewiesen, dieses Gewohnheitsrecht komme den Bedürfnissen des Wirtschaftsverkehrs nach (vgl. K. H. Lehmann a.a.O. S. 3). Damit soll wohl gesagt werden, daß die Sicherungsübereignung also keinesfalls lediglich Ausdruck eines Rechtsirrtums ist. Es ist aber noch zu berücksichtigen, daß sich dieses Gewohnheitsrecht zu einer Zeit gebildet hat, als eine andere Weltanschauung und damit eine andere Wertung auch auf dem Gebiete des Rechts herrschte als heute. Die Bindung an ein

solches Gewohnheitsrecht ist aber ausgeschlossen, wenn und soweit seine Geltung nach den Werturteilen unserer politischen Führung mit dem Volkswohl unvereinbar ist (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 654 f., Hildebrandt, „Rechtsfindung" S. 32 ff.).

Das LG Breslau hat in seiner Entscheidung vom 18. 1. 1934 (DJ 1935 S. 413) ausgeführt, daß der Sicherungsübereignung vom Standpunkt nationalsozialistischer Weltanschauung grundsätzlich die Anerkennung zu versagen sei, weil sie regelmäßig gegen die Reinlichkeit und Redlichkeit des Rechtsverkehrs verstoße. Denn sie bedeute eine Täuschung der Umwelt. Diese Anschauung wird aber dem heute immer noch herrschenden wirtschaftlichen Bedürfnis nach der Möglichkeit der Kreditsicherung unter Aufrechterhaltung des Besitzes nicht gerecht:

Die Sicherungsübereignung bietet einem Schuldner die einzige Möglichkeit, bewegliche Sachen, deren Besitz und Nutzung er nicht entbehren kann, zur Kreditsicherung zu verwerten. Wenn festgestellt werden kann, daß eine solche Kreditsicherung für wirtschaftlich unentbehrlich zu erachten ist, kann auch die Sicherungsübereignung grundsätzlich für zulässig gehalten werden. Damit wäre ebensowenig darüber etwas gesagt, ob Mängel der Sicherungsübereignung vorhanden sind und wie diese beseitigt werden können, wie darüber, ob zweckmäßig eine andere, neue Form einer solchen Kreditsicherung vom Gesetzgeber zu schaffen ist, um unserer heutigen Weltanschauung weitergehend gerecht zu werden.

Daß der Kredit und auch dessen Sicherung von der politischen Führung als erforderlich gehalten wird, ist allgemein anerkannt. Dies geht auch schon aus dem bloßen Bestehen des Reichsgesetzes über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 hervor, das Gewähr dafür bieten soll, daß das gesamte Kreditgewerbe im Sinne des nationalsozialistischen Staates mit dem Ziele des größten Nutzens für das Volksganze arbeitet. Es ist auch im neusten Schrifttum das Bestehen eines dahingehenden wirtschaftlichen Bedürfnisses anerkannt, daß Sachen, die nicht vom Sicherungsgeber entbehrt werden können, zu Sicherungszwecken verwertet werden (vgl. Würdinger im NS.-Handbuch S. 1122 f.). Denn es wird dadurch ermöglicht, eine Sache zur Sicherung zu verwerten, ohne daß deren Produktions- und sonstigen Nutzungswerte brach liegen bleiben. Gerade heute müssen aus sozialen wie wirtschaftlichen Gründen (Beseitigung der Arbeitslosigkeit, Wehrhaftmachung, Erfüllung des Vierjahresplans) alle Produktionskräfte entfaltet und möglichst genutzt werden. Freilich darf sich nicht eine Krediterweiterung als dauerndes Prinzip einstellen. Das ist aber eine Aufgabe der Wirtschaftspolitik, die mit der Frage, ob grundsätzlich eine bestimmte Art der Kreditsicherung zuzulassen ist, nichts zu tun hat. Andererseits ist freilich zu bedenken, daß der Gemeinschaftsgedanke Klarheit und Offenkundigkeit der sachenrechtlichen Berechtigung erfordert und die Sicherungsübereignung wegen ihrer Heimlichkeit zu Vertrauensschädigungen füh-

ren kann (vgl. Siebert im NS-Handbuch S. 968). Das wirtschaftliche Bedürfnis nach einem Besitzlosenpfandrecht wird aber als überwiegend angesehen. So wird auch in der neusten Rechtsprechung die Sicherungsübereignung für zulässig erachtet (vgl. RG Bd. 143 S. 374 ff., Bd. 147 S. 321 ff., RG in JW 1934 S. 222 mit Anmerkung von Walsmann). Und im neusten Schrifttum geht die Verurteilung der Sicherungsübereignung Hand in Hand mit einem Vorschlag an den Gesetzgeber, der den mit der Sicherungsübereignung verfolgten Zweck gutheißt, aber eine Verbesserung der rechtlichen Form empfiehlt. Und zwar soll die Berechtigung des Sicherungsnehmers für Dritte erkennbar und durch den Sicherungszweck beschränkt ausgestaltet werden (vgl. Würdinger im NS-Handbuch S. 1119 ff.). Aber erst nach Einführung dieser neuen Kreditschöpfungsform wird die Sicherungsübereignung für entbehrlich gehalten (vgl. Würdinger, a.a.O. S. 1122; Henneberg in DJ 1934 S. 1440 ff.; Pätzold in DJ 1935 S. 414 in der Anmerkung zu der Entscheidung des LG Breslau vom 18. 1. 34; diesem wird im Völkischen Beobachter 1935 Nr. 75, der Ausgabe vom 16. 3. 35, Seite 2, ausdrücklich zugestimmt; s. auch Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 663; Neuschäffer in der Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 563).

Schließlich lassen auch die bereits erwähnten §§ 6 Abs. 1 und 27 Abs. 2 der Vergleichsordnung vom 26. 2. 35 sowie § 24 des Urkundensteuergesetzes vom 5. 5. 36 erkennen, daß die Sicherungsübereignung nach dem Urteil der politischen Führung jedenfalls zur Zeit nicht als unzulässig anzusehen ist. Denn in diesen Bestimmungen wird das Bestehen „zur Sicherung übertragenen Eigentums" vorausgesetzt.

§ 4.

Die Hauptmängel der Sicherungsübereignung.

Die Sicherungsübereignung ist, wie oben (S. 5 ff.) ausgeführt wurde, ein Ersatz des unserem Recht unbekannten Besitzlosenpfandrechts. Die Nachteile, die mit der Ausgestaltung des Pfandrechts als Faustpfandrecht vermieden werden sollten, mußten sich also bei der Sicherungsübereignung einstellen. Das Pfandrecht wurde im Interesse der Offenkundigkeit der dinglichen Berechtigungen geschaffen. Eine Täuschung unbeteiligter Dritter sollte dadurch vermieden werden, daß es für den Schuldner keine Möglichkeit gab, in seinem Besitz verbleibende Sachen zu belasten. Bei der Sicherungsübereignung tritt dementsprechend als Mangel deren Heimlichkeit und damit eine Gefährdung der Verkehrssicherheit hervor. Trotz vorgenommener Sicherungsübereignungen treten in den Besitzverhältnissen des Schuldners keine Änderungen ein. Der Schuldner benutzt die übereigneten Sachen weiterhin in

seinem Geschäftsbetrieb. Meist sind diese für ihn sogar unentbehrlich. Dritte werden also über die wahren Vermögensverhältnisse getäuscht. Eine besondere Gefährdung des redlichen Verkehrs tritt dadurch ein, daß ganze Warenlager zur Sicherung übereignet werden können. Regelmäßig wird in solchem Falle vereinbart, daß der Schuldner im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs weiter über die Gegenstände des Lagers verfügen darf und die neu angeschafften Waren als Ersatzstücke sofort mit dem Erwerbe in das Eigentum des Sicherungsnehmers übergehen. Es kann also der Fall eintreten, daß der Sicherungseigentümer in Wahrheit der Inhaber des Geschäftsbetriebes des Schuldners ist und der Schuldner praktisch nur die Stellung eines abhängigen Verwalters hat. Dritten gegenüber aber tritt nach wie vor der Schuldner, und nur dieser als Unternehmer auf. Seine Gläubiger können jedoch wegen ihrer Forderungen nicht in die zum Unternehmen gehörigen Sachen vollstrecken, ja nicht einmal in die von ihnen vorbehaltlos gelieferten Waren, da auch diese dem Sicherungseigentümer gehören. Bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner werden also die Gläubiger regelmäßig über dessen Kreditwürdigkeit getäuscht.

Dieser Mangel und die dadurch entstehenden Schädigungen des redlichen Verkehrs sind, seit sich die Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung durchsetzte, erkannt worden (vgl. Hellwig, „Gläubigernot", in Recht und Wirtschaft 1911 S. 25 f.) und werden auch im neusten Schrifttum immer wieder hervorgehoben (vgl. Siebert im NS-Handbuch S. 968; Würdinger, ebenda, S. 1122; Groffebert, „Unzulässige Sicherungsübereignungen", S. 10 f.) .So wird auch die bereits (im Text S. 9) erwähnte Entscheidung des LG Breslau verständlich, nach der der Sicherungsübereignung die Anerkennung zu versagen sei, da diese eine Täuschung der Umwelt bedeute und regelmäßig gegen die Reinlichkeit und Redlichkeit des Rechtsverkehrs verstoße.

Auch der andere Hauptmangel der Sicherungsübereignung tritt bei deren Gegenüberstellung mit dem Pfandrecht zu Tage. Obwohl die Sicherungsübereignung nur als Ersatz des Besitzlosenpfandrechts dient, erhält der Sicherungsnehmer auf Grund der Sicherungsübereignung nicht nur ein Pfandrecht, sondern das Eigentumsrecht am Sicherungsgut. Dies bringt nicht nur für den Schuldner Gefahren mit sich, sondern mehr noch für dessen unbeteiligte Gläubiger. Denn diesen gegenüber ist der Sicherungseigentümer nicht einmal durch das der Übereignung zugrundeliegende Treuverhältnis in seinen Rechten dem Sicherungszweck entsprechend beschränkt. Die Folge davon ist, daß die Gläubiger des Sicherungsgebers auch dann nicht in das Sicherungsgut vollstrecken können, wenn dies mit dem Zweck der Sicherungsübereignung vereinbar ist. Es wird insbesondere, falls diesem Mangel nicht abgeholfen wird, auch der Wert des Sicherungsgutes dem Zugriff dieser Gläubiger entzogen, der über die Höhe der Forderung des Sicherungseigentümers hinausgeht.

Gerade diese Wirkungen des Eigentumsrechts des Sicherungs-

nehmers führen dazu, daß Sicherungsübereignungen vielfach nur aus dem Grunde vorgenommen werden, anderen Gläubigern jede Möglichkeit der Vollstreckung in die übereigneten Sachen zu nehmen. Diese Gläubiger können die Verwertung des Sicherungsgutes nicht erzwingen. Sie können sich also grundsätzlich nicht aus dem gegebenenfalls verbleibenden Überschuß befriedigen. Auf dem Wege über die Sicherungsübereignung werden also — falls die Gläubiger des Sicherungsgebers vor diesen Wirkungen des Sicherungseigentums nicht geschützt werden — die übereigneten Sachen gegen eine Vollstreckung „völlig gefeit" (Hellwig in Recht und Wirtschaft 1911 S. 31).

Es zeigen sich also zwei Hauptmängel der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers: das Fehlen der Erkennbarkeit und das Bestehen eines diesen Gläubigern gegenüber durch den Sicherungszweck nicht beschränkten Sicherungseigentums.

2. Teil.

Überblick über den bisherigen Schutz unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers in herrschender Lehre und Rechtsprechung.

Wenn es auch an einer gesetzlichen Regelung der Sicherungsübereignung fehlt, so stehen die unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers den aufgezeigten Mängeln der Sicherungsübereignung nach geltendem Recht nicht gänzlich schutzlos gegenüber. Denn die Bestimmungen der ZPO über die Zwangsvollstreckung, der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes befassen sich mit dem Gläubigerschutz überhaupt und damit mittelbar mit der Sicherungsübereignung. Ferner befinden sich im BGB Vorschriften, die, ohne auf einen bestimmten Einzelfall zugeschnitten zu sein, eine ordnungsmäßige Abwicklung des gesamten Rechtsverkehrs gewährleisten sollen, also auch für die Sicherungsübereignung richtunggebend sind und einen Gläubigerschutz ermöglichen. Im folgenden soll nun ein Überblick darüber gegeben werden, inwieweit diese Vorschriften nach herrschender Lehre und Rechtsprechung unbeteiligten Gläubigern bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner Schutz bieten.

§ 5.

Die Anfechtungsmöglichkeiten nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

Im Konkurs wie außerhalb des Konkurses des Schuldners können Rechtshandlungen angefochten werden, die der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen hat (§ 31 Ziff. 1 KO, § 3 Ziff. 1 AnfGes.). Im Konkurs steht das Anfechtungsrecht dem Konkursverwalter, außerhalb des Konkurses den Gläubigern des Schuldners zu. Die Sicherungsübereignung ist eine Rechtshandlung. Voraussetzung ihrer Anfechtbarkeit ist zunächst, daß die Gläubiger infolge der Sicherungsübereignung benachteiligt sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn sie ihre Befriedigung ohne Zugriff auf das Sicherungsgut nicht durchsetzen können. Nicht so offen treten die anderen zur Anfechtung erforderlichen Tatbestandsmerkmale hervor: Der Schuldner muß die

Sicherungsübereignung in der Absicht vorgenommen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen, und der Sicherungseigentümer muß von dieser Absicht Kenntnis gehabt haben. Eine Benachteiligungsabsicht liegt schon dann vor, wenn der Schuldner die Sicherungsübereignung vornimmt, obwohl er sich bewußt ist, daß dadurch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge Gläubiger benachteiligt werden (vgl. RG Bd. 45 S. 23 und Bd. 51 S. 76). Ob die Forderungen der Gläubiger vor oder nach Vornahme der Sicherungsübereignung fällig waren, ist dabei ohne Bedeutung (vgl. RG Bd. 117 S. 162). Der Sicherungseigentümer muß diese Absicht des Sicherungsgebers gekannt haben. Bei der Anfechtung nach der Konkursordnung muß er sogar Kenntnis vom bevorstehenden Konkurse, der „Krise", gehabt haben.

Hat die Anfechtung Erfolg, so ist das Sicherungsgut zur Konkursmasse oder — bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses — zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers zurückzugewähren (§ 37 KO, § 7 AnfGes.). Die Gläubiger erhalten also Befriedigung, als gehörten die übereigneten Sachen zum Vermögen des Schuldners.

§ 6.

Die Rechtsbehelfe auf Grund der Vorschriften des BGB.

Von den Vorschriften des BGB, die ganz allgemein Auswüchsen im Rechtsverkehr entgegentreten sollen und dritten Gläubigern bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner Schutzmöglichkeiten bieten, sind die Bestimmungen von größter Bedeutung, die einen Verstoß gegen die guten Sitten verhindern oder ahnden sollen, nämlich die §§ 138 Abs. 1 und 826 GBG.

§ 138 Abs. 1 BGB bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. In den meisten Fällen, in denen diese Bestimmung auf die Sicherungsübereignung Anwendung findet, liegt der Verstoß gegen die guten Sitten in dem Verhältnis der bei der Sicherungsübereignung Beteiligten zueinander. Wenn sich die unbeteiligten Gläubiger allerdings wie jeder unbeteiligte Dritte auch auf die dadurch hervorgerufene Nichtigkeit der Sicherungsübereignung berufen können, so scheiden diese Fälle doch von unserer Untersuchung aus. Denn hier beruht die Nichtigkeit nicht auf Gründen des spezifischen Gläubigerschutzes.

Voraussetzung dafür, daß eine Sicherungsübereignung möglicherweise den unbeteiligten Gläubigern gegenüber sittenwidrig ist, ist zunächst, daß die Sicherungsübereignung eine Gefährdung für diese Gläubiger darstellt. Diese Gefährdung kann nicht schon in der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung gesehen werden. Es würde

ja sonst die Sicherungsübereignung als solche sittenwidrig sein. Es muß vielmehr hinzukommen, daß der Schuldner infolge der Sicherungsübereignung nicht in der Lage ist, seine Gläubiger zu befriedigen. Diese äußeren Tatbestandsmerkmale werden nun immer vorliegen, wenn dem Gläubiger an einer Beseitigung der Sicherungsübereignung gelegen ist. Der Vorwurf, ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft abgeschlossen, also sittenwidrig gehandelt zu haben, richtet sich aber auch gegen das innere Verhalten der Vertragsschließenden. Diese subjektive Seite des Tatbestandes ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dann als erfüllt anzusehen, wenn den Beteiligten besondere Umstände die Möglichkeit einer Schädigung Dritter nahegelegt haben. Es haben sich aber weder feste äußere noch innere Tatbestandsmerkmale sittenwidriger Sicherungsübereignungen in der Rechtsprechung herausgebildet. Vielmehr wird immer darauf hingewiesen, daß die Entscheidung darüber, ob eine Sicherungsübereignung den (äußeren wie inneren) Tatbestand des § 138 BGB erfüllt, nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden kann. Hervorzuheben ist, daß nicht nur den Sicherungsgeber, sondern beide Beteiligte, also auch den Sicherungsnehmer, der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens treffen muß. (Vgl. RG Bd. 118 S. 363).

Aus der Nichtigkeit eines verpflichtenden Rechtsgeschäftes folgt nach jedenfalls bisher herrschender Lehre und Rechtsprechung (vgl. Enneccerus-Nipperdey § 178 II 3; RG Bd. 111 S. 239) nicht zwingend die Nichtigkeit auch des Verfügungsgeschäftes, das zwecks Erfüllung der scheinbaren vertraglichen Leistungspflicht vorgenommen wird. Bei dieser Auffassung ist jedoch nicht genügend berücksichtigt, daß die Ausfüllung des Begriffs der guten Sitten wie die der übrigen Generalklauseln aus der Grundhaltung der Gemeinschaft (Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 657), der gesunden Rechtsauffassung der Volksgenossen (Hubernagel im NS-Handbuch S. 975) zu erfolgen hat. Diese geht aber doch wohl dahin, nur bei wirksamer Bindung zu leisten. Deshalb darf die aus rechtstechnischen Gründen bestehende Losgelöstheit des Erfüllungsgeschäftes vom Grundgeschäft (vgl. dazu Dölle a.a.O. S. 665 ff.) nicht zur Folge haben, daß das eine Geschäft als gegen die guten Sitten verstoßend betrachtet werden kann, das andere aber nicht (vgl. Hubernagel a.a.O.).

Aber auch nach herrschender Lehre und Rechtsprechung wird gerade bei der Sicherungsübereignung in der Regel die Übereignung selbst von der Nichtigkeit des Grundgeschäftes erfaßt. Denn die Übereignung bringt ja erst die Gefährdung der unbeteiligten Gläubiger mit sich, gerade in ihr liegt die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes.

Selbst wenn man aber einmal davon ausgeht, daß nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft für nichtig gehalten werden kann, ist dies für die Sicherungsübereignung nicht von praktischer Bedeutung.

Denn der Gläubiger, der in das Sicherungsgut vollstreckt, kann der vom Sicherungseigentümer gegebenenfalls angestrengten Widerspruchsklage nach § 771 ZPO in solchem Falle arglistiges Verhalten entgegenhalten (dolo facit, qui petit, quod redditures est). Er braucht also auch dann nicht seine Befriedigung auf dem Umwege über die Pfändung des Rückübereignungsanspruches des Sicherungsgebers zu suchen.

Auf die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung können sich alle Gläubiger berufen, also auch die sog. Altgläubiger, d. h. die Gläubiger, deren Forderungen bereits vor Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags bestanden haben. Nach Herting („Die Kredittäuschung" S. 18) kommt allerdings den Altgläubigern gegenüber ein Sittenverstoß nicht in Betracht. Er meint, es sei „nicht einzusehen, weshalb vorsichtigen Gläubigern nur deshalb dingliche Sicherheiten versagt werden sollen, weil weniger vorsichtige Gläubiger von dem Schuldner keine Sicherheiten verlangt, ihm also Personalkredit eingeräumt haben". Herting verkennt aber, daß die Sicherungsübereignung nicht aus dem Grunde sittenwidrig und nach § 138 BGB nichtig ist, weil sich der Gläubiger einer heimlichen Sicherung, eben der Sicherungsübereignung, bedient hat, sondern vielmehr nur deshalb, weil das Vermögensstück des Schuldners bewußt zum Nachteil der Gläubiger, und zwar aller Gläubiger, deren Zugriff entzogen worden ist. Ferner berücksichtigt Herting nicht, daß sich jeder Dritte, also auch jeder Altgläubiger, auf die nach § 138 BGB eintretende Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes berufen kann, auf welchen Gründen auch immer diese Nichtigkeit beruht. Darüber hinaus ist die Nichtigkeit nach § 138 BGB sogar von Amts wegen zu beachten (vgl. Staudinger zu § 138 Anm. 7).

Eine weit größere Bedeutung als § 138 BGB, wohl überhaupt die größte Bedeutung für den Gläubigerschutz bei Sicherungsübereignungen, hat der § 826 BGB erlangt. Dort ist bestimmt, daß eine vorsätzlich zugefügte sittenwidrige Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet. (Vgl. hierzu eingehend K. H. Lehmann, „Die Sicherungsübereignung als Haftungstatbestand", wo nur die Bedeutung des § 826 BGB für die Sicherungsübereignung behandelt wird.) Die verschiedenartigsten Gründe können eine Sicherungsübereignung als sittenwidrige Schädigung erscheinen lassen. Auch der Umfang der Schadensersatzpflicht ist nicht immer der gleiche. Deshalb und wohl auch in dem Bestreben, Richtlinien für die Auslegung des § 826 BGB bei Kreditsicherungen zu geben, hat sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 9. April 1932 (RG Bd. 136 S. 257 ff.; vgl. JW 1932 S. 2522 ff., 2703 mit Anm. von Weinhausen) grundsätzlich mit der Haftung des Sicherungsnehmers nach § 826 BGB auseinandergesetzt. Das Reichsgericht hat dabei fünf bestimmte Tatbestände herausgearbeitet, bei deren Vorliegen eine Sicherungsübereignung sittenwidrig ist: Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Geschäftsinhaberschaft, Kreditbetrug und Gläubigergefährdung.

Allerdings ist in einer neueren Entscheidung (vom 17. Mai 1935, abgedruckt in JW 1935 S. 2886) ausdrücklich betont worden, daß diese fünf Tatbestände keine streng voneinander getrennten, begrifflich scharf gefaßten, gesetzesähnlichen Voraussetzungen für die Anwendung des § 826 BGB darstellen. Trotzdem soll sich die hier folgende Darstellung nur mit diesen fünf Tatbeständen befassen. Denn die Bedenken gegen diese vom Reichsgericht aufgestellten typischen Tatbestände laufen darauf hinaus, die für die Gläubiger nach Ansicht des Reichsgerichts bestehenden Schutzmöglichkeiten einzuschränken. (Vgl. Groffebert, S. 40 ff., 47; Bauer-Mengelberg in JW 1932 S. 2699 Anm. zu Ziff. 1). Eine Betrachtung der fünf Tatbestände gewährleistet also einen Überblick über den bisherigen Gläubigerschutz auf Grund des § 826 BGB.

Voraussetzung für das Vorliegen einer nach § 826 BGB sittenwidrigen Schädigung durch den Sicherungsnehmer ist, daß wenigstens ein Teil der Sicherungen undurchsichtig ist und dadurch die Vermögenslage des Schuldners Dritten gegenüber anders erscheint, als sie es in Wirklichkeit ist. Im einzelnen unterscheiden sich die Tatbestände wie folgt:

Bei der Konkursverschleppung kommt als äußeres Tatbestandsmerkmal hinzu, daß die wirtschaftliche Lage des Schuldners die alsbaldige Beantragung des Konkurses gebietet, der Sicherungsnehmer aber den Schuldner von der Beantragung abhält. Aussaugung oder stille Geschäftsinhaberschaft liegen vor, wenn der Schuldner infolge der bedungenen Sicherheiten nur noch rein äußerlich als Herr seines Betriebes anzusehen ist, während in Wahrheit der ganze Gewinn des vom Schuldner betriebenen Unternehmens dem Sicherungsgeber zufließt. Dabei spricht das Reichsgericht zum Unterschied von der stillen Geschäftsinhaberschaft dann von Aussaugung, wenn sich die Aushöhlung des Geschäftsbetriebes nur allmählich vollzieht. Der Tatbestand des Kreditbetrugs ist gegeben, wenn der Sicherungsnehmer allein oder im Zusammenwirken mit dem Schuldner einen Dritten zur Kreditgewährung bestimmt und der Dritte dabei arglistig darüber getäuscht wird, daß der Schuldner infolge der hergegebenen Sicherheiten kreditunwürdig geworden ist. Gemeinsam ist diesen vier Tatbeständen (der Konkursverschleppung, Aussaugung, stillen Geschäftsinhaberschaft und dem Kreditbetrug) also die Aufrechterhaltung des Scheins der in Wahrheit nicht vorhandenen Kreditwürdigkeit des Schuldners. Es kommt aber nicht entscheidend darauf an, daß diese Undurchsichtigkeit der Vermögenslage ausschließlich auf erfolgten Sicherungsübereignungen beruht, vielmehr müssen noch besondere Tatbestandsmerkmale hinzutreten, um die Haftung zu begründen. Deshalb sind diese Tatbestände zwar geeignet, eine Haftung auch bei mittels Sicherungsübereignungen ausgeführtem sittenwidrigen Handeln zu begründen. Sie können aber nicht dazu dienen, die Gläubiger vor den Gefahren zu schützen, die der Sicherungsübereignung als solcher anhaften (vgl. K. H.

Lehmann, a.a.O. S. 9, auch Herting, S. 21 ff.) Anders ist dies bei der sog. Gläubigergefährdung:

Der Tatbestand der Gläubigergefährdung liegt vor, wenn sich ein Sicherungsnehmer umfangreiche undurchsichtige Sicherungen gewähren läßt, und infolgedessen die nicht ganz fernliegende Möglichkeit besteht, daß später nichtsahnende Gläubiger zu Schaden kommen werden. Hinzukommen muß — wie bei allen Fällen des § 826 BGB — als inneres Tatbestandsmerkmal, daß der Sicherungsnehmer sich seines schädigenden Verhaltens bewußt gewesen ist und den Schadenseintritt gebilligt hat. Die Gläubigergefährdung bezieht sich also nur auf die Sicherungsübereignung und deren Nachteile für Dritte. Die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts hierüber entwickelten Grundsätze sind daher näher darzustellen.

Abgesehen von der bei Sicherungsübereignungen immer vorliegenden Undurchsichtigkeit der Sicherungen ist ein wesentliches Merkmal der Gläubigergefährdung zunächst, daß die sicherungshalber übereigneten Vermögenswerte im Verhältnis zu dem dem Schuldner verbliebenen Vermögen zu umfangreich sind. Wann dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles gesagt werden. Eine bestimmte Verhältniszahl kann also nicht angegeben werden. Wenn der Kreditgeber nicht mit einer Kreditgewährung auch durch andere zu rechnen brauchte, soll eine an sich im Verhältnis zum sonstigen Schuldnervermögen sehr hohe Sicherung nicht ohne weiteres als zu umfangreich angesehen werden können. Umgekehrt soll eine an sich geringe Sicherung sehr wohl als zu umfangreich gelten können, wenn der Schuldner noch andere Kredite in Anspruch nimmt und der Sicherungsnehmer damit rechnen mußte.

Auf Grund der umfangreichen, undurchsichtigen Sicherung muß die Gefahr der Schädigung unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers bestehen. Diese Gefahr liegt nun bei der Sicherungsübereignung eigentlich immer vor. Es soll aber weder die grundsätzliche Anerkennung der Sicherungsübereignung auf diesem Wege zunichte gemacht werden können, noch soll dem Sicherungsnehmer die allgemeine Pflicht auferlegt werden, die anderen Gläubiger des Sicherungsgebers über die vorgenommenen Sicherungsübereignungen aufzuklären. Deshalb wird verlangt, daß sich die jeder Sicherungsübereignung innewohnende Gefahr infolge besonderer Umstände, vor allem also infolge des Umfanges der Sicherungen für die unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers in besonders hohem Maße schädlich auswirkt. Wann diese Gefahr derartig groß ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Feste Grenzen hat die Rechtsprechung auch hier nicht herausgebildet (vgl. RGRKomm. zu § 826 BGB Erl. 5).

Diese Schädigung muß der Sicherungsnehmer vorsätzlich begehen. Dieser Vorsatz wurde früher vom Reichsgericht schon dann

bejaht, wenn der Sicherungsnehmer bei Entgegennahme der Sicherung die Schädigung als eine nicht ganz entfernt liegende Möglichkeit vorausgesehen und in Kauf genommen hat. Wo die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ziehen ist, kommt in den Entscheidungen des Reichsgerichts nicht klar zum Ausdruck. K. H. Lehmann (a.a.O. S. 27) macht daher dem Reichsgericht den Vorwurf, es sei allzu leicht geneigt, auch eine bloß fahrlässige Schädigung als haftungsbegründend anzusehen. Demgegenüber hat das Reichsgericht aber selbst betont, durch eine „wenn auch noch so grobe Fahrlässigkeit" könne das Erfordernis des Vorsatzes niemals ersetzt werden (RG Bd. 143 S. 52). Allerdings soll der sog. bedingte Vorsatz, d. h. das Bewußtsein der Möglichkeit einer Schädigung genügen. Hildebrandt („Rechtsfindung", S. 84) ist sogar der Meinung, daß der Sicherungsnehmer schon bei fahrlässiger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet sein müsse.

Für die praktische Feststellung der Schadensersatzpflicht des Sicherungsnehmers ist aber gerade bei der Sicherungsübereignung — so unlogisch dies auch scheint — die begriffliche Trennung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht von entscheidender Bedeutung. Der Vorsatz ist freilich so wie jeder andere zu beweisende innere Vorgang eine „Beweistatsache", und allerdings entstehen alle Tatsachenurteile durch Schlußfolgerungen. Aber die zur Bildung des Tatsachenurteils erforderliche Wahrnehmung und Schlußfolgerung ist bei inneren Tatsachen besonders „verwickelt" (vgl. Stein-Jonas zu § 282 ZPO Erl. II 1). Auf das Vorliegen einer inneren Tatsache kann nur aus äußeren Tatsachen geschlossen werden. Der benachteiligte Gläubiger wird sich zum Beweise des Vorsatzes immer auf dieselben äußeren Vorgänge berufen wie zum Beweise der Sittenwidrigkeit. Wenn nun der Richter nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu dem Ergebnis kommt, daß eine gegen die guten Sitten verstoßende Sicherungsübereignung vorliegt, die nach der Grundhaltung der Gemeinschaft die Auferlegung einer Schadensersatzpflicht erfordert, dann wird er auf Grund freier Beweiswürdigung auch immer für erwiesen halten, daß der Sicherungsnehmer zumindest das Bewußtsein gehabt hat, er werde andere Gläubiger schädigen. Dieses Bewußtsein müßte darüber hinaus eigentlich bei jeder Sicherungsübereignung vorhanden sein. In diesem Sinne bedeutet die Tatsache, daß heute bei der Feststellung, wann eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, an den einzelnen Rechtsgenossen erhöhte Anforderungen zu stellen sind (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 685), praktisch eine im Wege freier Beweiswürdigung erfolgende Erleichterung des nach § 826 BGB erforderlichen Verschuldensbeweises.

Für die Beurteilung, ob eine Sicherungsübereignung gegen die guten Sitten verstößt, tritt eine besondere Schwierigkeit auf. Denn die Sicherungsübereignung ist wegen ihrer Heimlichkeit an sich nur schwer mit unserer heutigen Rechtsanschauung in Einklang zu bringen. Sie ist aber dennoch für grundsätzlich zulässig zu halten, bis

eine weniger mangelhafte Rechtseinrichtung geschaffen ist, die die Sicherungsübereignung entbehrlich macht (vgl. im Text S. 10 ff.). Es dürfen deshalb nicht derartig hohe Anforderungen an den Sicherungsnehmer gestellt werden, daß auf diesem Wege die Sicherungsübereignung für einen Kreditgeber als brauchbares Sicherungsmittel ausscheidet. Diese Erwägung und nicht die Auslegung des § 826 BGB ist auch im Grunde für den Kampf gegen die Ausdehnung der Haftung des Sicherungsnehmers für bloß fahrlässige Schädigungen richtunggebend. (Vgl. hierzu Rautmann, Der Wirtschaftstreuhänder 1936 S. 68). Ob eine Sicherungsübereignung erlaubt oder unerlaubt ist, hängt von der Sachlage des einzelnen Falles ab. Fest umgrenzte Tatbestandsmerkmale fehlen. Gerade auch hierin liegt, wie weiter unten (im § 8 der Arbeit) gezeigt werden soll, die Unzulänglichkeit des bisherigen Gläubigerschutzes mit begründet.

Als Geschädigte kommen bei der Gläubigergefährdung hauptsächlich die Gläubiger in Betracht, die dem Schuldner nach erfolgter Sicherungsübereignung Kredit gewährt haben (die sog. Neugläubiger). Die Altgläubiger können nur insofern geschädigt sein, als sie durch die verschleierte schlechte Vermögenslage des Schuldners davon abgehalten worden sind, ihre fälligen Forderungen rechtzeitig beizutreiben (vgl. Cornelius in Gruch. Beitr. Bd. 73 S. 532).

Inhalt und Umfang der Schadensersatzpflicht richten sich nach § 249 BGB. Demgemäß hat der Sicherungsnehmer den geschädigten Gläubigern nach herrschender Lehre und Rechtsprechung den sog. Vertrauensschaden zu ersetzen (dazu eingehend Armstroff in DJZ 1934 Sp. 901 ff.). Das Reichsgericht hat allerdings in der Entscheidung RG Bd. 136 S. 247 ausgeführt, die Gläubiger müßten sich — jedenfallen für den Sonderfall der Gläubigergefährdung — „damit begnügen, so gestellt zu werden, wie wenn der Schuldner die Sicherheit nicht weggegeben hätte", der Sicherungsnehmer hafte also nur in beschränktem Umfange, er habe nämlich dem geschädigten Gläubiger nur die durch die Sicherungsübereignung erworbenen Gegenstände zum Zwecke der Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen. Hier wäre die Sachlage ähnlich wie im Falle der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz. Diese Auffassung hat aber das Reichsgericht in der neueren Entscheidung RG Bd. 143 S. 48 ff. (53 f.) abgelehnt. Es muß eben daran festgehalten werden, daß eine gegen die guten Sitten verstoßende schuldhafte Schadenszufügung nach § 826 BGB zum Ersatze „des Schadens", d. h. allen Schadens, verpflichtet. Der Sicherungseigentümer muß also den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn die Sicherungsübereignung nicht geheimgehalten worden wäre und gegebenenfalls Schadensersatz in Geld leisten (§§ 249, 251 BGB). Bei der Feststellung des Schadens, den der unbeteiligte Gläubiger erlitten hat, kommt es somit auch darauf an, ob sich der Gläubiger in rechtsgeschäftliche Beziehungen mit dem Sicherungsgeber überhaupt oder wenigstens nur gegen Sicherung seiner Ansprüche eingelassen haben würde, wenn die Sicherungsübereig-

nung und deren Geheimhaltung unterblieben wäre (vgl. außer der erwähnten Entscheidung RG 143 S. 48 ff. auch Rospatt in JRsch. 1933 Bd. I S. 209 ff.).

Schließlich gibt es noch Bestimmungen des BGB, die den Gläubigern des Sicherungsgebers in besonderen Fällen einen Schutz bieten können, ohne daß allerdings mit ihrer Hilfe gerade den der Sicherungsübereignung eigentümlichen Gefahren gesteuert werden könnte:

Nach § 419 BGB können die Altgläubiger ihre Forderungen dann gegen den Sicherungsnehmer geltend machen, wenn das ganze Vermögen des Schuldners übereignet wurde (vgl. hierzu Rospatt in JRsch. 1934 Bd. I S.49 ff., 61 ff.). Auch die Anfechtungsvorschriften des BGB gehören hierher. Und zwar können die Gläubiger ihre Willenserklärungen gegenüber dem Schuldner nach § 119 Abs.2 BGB anfechten, wenn sie sich über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht haben (so schon RG Bd. 66 S. 388 f.), und nach § 123 BGB, falls sie über die Vermögensverhältnisse des Schuldners arglistig getäuscht worden sind. Bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner bieten diese letzterwähnten Bestimmungen den Gläubigern freilich nur dann einen Schutz, wenn es sich bei dem Sicherungsgut um Sachen handelt, die dem Schuldner von den benachteiligten Gläubigern geliefert und übereignet worden sind. Und zwar können die Gläubiger gegebenenfalls ihre Übereignungen an den Schuldner anfechten. Nach erfolgreicher Anfechtung sind die Gläubiger rückwirkend als Eigentümer der Sachen anzusehen. Denn die Übereignung auf den Schuldner ist in solchem Falle nichtig, und der Sicherungsnehmer konnte auch bei Gutgläubigkeit ohne Erwerb des unmittelbaren Besitzes kein Eigentum erlangen (§§ 142, 933 BGB). Diese Anfechtungsmöglichkeiten führen mithin insbesondere dann nicht zum Ziele, wenn die Kreditgewährung durch die benachteiligten Gläubiger anders als durch Warenlieferung erfolgte, und auch in diesem Falle nur dann, wenn der Schuldner die Waren noch im Besitz hat und nicht nur das Verpflichtungsgeschäft sondern auch das Verfügungsgeschäft zwischen Gläubigern und Schuldner anfechtbar ist (vgl. hierzu Staudinger zu § 142 BGB Erl. 1 b). Andernfalls können die in der Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuschten Gläubiger immer nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder einen sonstigen Ersatzanspruch gegen den Schuldner erlangen. Sie sind dann nicht besser gestellt, weil sie wegen solcher Ansprüche ebensowenig wie wegen der ursprünglichen Forderung Befriedigung erlangen können. Der Sicherungsübereignung gegenüber wären sie nach wie vor machtlos. So haben denn auch diese Anfechtungsmöglichkeiten als Schutzvorschriften der unbeteiligten Gläubiger bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner in der Praxis keine Bedeutung erlangt.

Diese Bestimmungen (§§ 419, 119 Abs. 2, 123 BGB) setzen somit einen Tatbestand voraus, bei dem die Sicherungsübereignung

als solche garnicht in Erscheinung tritt. Deshalb können sie auch nicht zu den eigentlichen Bestimmungen gerechnet werden, die einen Gläubigerschutz ermöglichen. Im Schrifttum über die Sicherungsübereignung werden sie aus diesem Grunde oft nicht erwähnt (vgl. Colditz, „Sittenwidrige und zum Schadensersatz verpflichtende Sicherungsübereignungen"; Groffebert, „Unzulässige Sicherungsübereignungen") oder doch wohl nur, wie hier, der Vollständigkeit halber (vgl. Martin, „Grenzen der Sicherungsübereignung" S. 50, 71; Herting, „Die Kredittäuschung", S. 8).

§ 7.

Die Wirkungen des Sicherungseigentums bei Pfändungen in das Sicherungsgut und im Konkurs des Sicherungsgebers.

In den bisher erörterten Fällen ist den Gläubigern die Möglichkeit gegeben, die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Sicherungsübereignung zu erreichen oder vom Sicherungsnehmer Schadensersatz zu erhalten. Die Angriffe der Gläubiger richten sich also unmittelbar oder — im Falle des § 826 BGB — mittelbar gegen den Bestand der Sicherungsübereignung. Im folgenden soll nun dargestellt werden, wie die Gläubiger nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gegenüber den Wirkungen der Sicherungsübereignung geschützt sind. Diese Schutzmöglichkeiten werden sich dort zeigen, wo die auf Grund der Sicherungsübereignung bestehende Rechtsmacht des Sicherungsnehmers, das Bestehen des Sicherungseigentums, für die Gläubiger als Hindernis erscheint: bei Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut, also bei dessen Pfändung, und im Konkurs des Sicherungsgebers.

Einer Pfändung des Sicherungsgutes kann der Sicherungseigentümer nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auf Grund des § 771 ZPO widersprechen. Diese Wirkung des Sicherungseigentums wird für selbstverständlich gehalten (vgl. RG Bd. 124 S. 73 und das von Maaß in JW 1936 S. 1095 angeführte Schrifttum). Man geht davon aus, daß der Sicherungseigentümer Eigentumsrechte erworben hat. Denn gerade die Übertragung des Eigentums ist wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung. Sonst würde ja eine mangels Übergabe nichtige Pfandbestellung vorliegen. Daraus wird dann — wie die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (RG Bd. 124 S. 73) deutlich zeigt — gefolgert, dem Sicherungseigentümer müsse dieselbe Rechtsstellung eingeräumt werden wie jedem anderen Eigentümer. Daß das Eigentumsrecht, das stärkste dingliche Recht, das das BGB kennt, ein „die Veräußerung hinderndes Recht" i. S. des § 771 ZPO ist, hält man für gerade-

zu selbstverständlich. Und so glaubt man, es könne „kein Zweifel" bestehen, daß auch das Sicherungseigentum zu den die Veräußerung hindernden Rechten gehört (so RG 124 S. 73; vgl. auch RGRKomm. zu § 930 BGB Erl. 6). Es wird dabei besonders betont, daß die Wirkungen des Eigentums von den Parteien durch keinerlei Vereinbarungen geändert werden können. Einige, die ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, der Sicherungseigentümer könne Pfändungen des Sicherungsgutes nach § 771 ZPO widersprechen, meinen allerdings, für die Frage, ob ein „die Veräußerung hinderndes Recht" vorliege, sei das Eigentumsrecht eines Treuhänders nicht immer „formell juristisch" sondern auch „wirtschaftlich" aufzufassen. Hinsichtlich des Sicherungseigentums kommen sie aber deshalb zu keinem anderen Ergebnis, weil sie das Sicherungsgut als wirtschaftlich zu dem Vermögen des Sicherungseigentümers gehörig ansehen (vgl. Stein-Jonas zu § 771 ZPO Erl. II 1 a und die dort Angef.). Ob das Eigentumsrecht des Sicherungseigentümers aus anderen Gründen, besonders im Interesse Dritter, bei Pfändungen nur einen beschränkten Inhalt oder doch nur beschränkte Wirkungen hat, wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht erwogen.

Dem Zweck, den § 771 ZPO bei Pfändungen verfolgt, dient im Konkurs die Bestimmung des § 43 KO. Beide Vorschriften sollen Dritten die Möglichkeit geben, zu verhindern, daß sie durch die Verwertung von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, sich aber in dessen Gewahrsam befinden, ihre Rechte verlieren. Der Sicherungseigentümer müßte demnach mit demselben Erfolg, mit dem er sich bei Pfändung des Sicherungsgutes auf § 771 ZPO berufen kann, seine Eigentumsrechte im Konkurs des Sicherungsgebers nach § 43 KO geltend machen können. Diese Folgerung haben aber herrschende Lehre und Rechtsprechung nicht gezogen. Dem Sicherungseigentümer wird vielmehr das Aussonderungsrecht (§ 43 KO) versagt, und es wird ihm nur, wie einem Pfandgläubiger, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Sicherungsgut zugebilligt (§ 48 KO). Wirtschaftliche Erwägungen sind für die Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs entscheidend gewesen (vgl. RG in LZ 1910 Sp. 157 ff.; Jäger zu § 48 KO Anm. 13). Zu der hierfür gegebenen Begründung und deren Mängel soll bei Darstellung der Rechte am Sicherungsgut (im 3. Teil der Arbeit, §§ 14 und 15) Stellung genommen werden. Dort soll auch der W i d e r s p r u c h aufgedeckt werden, der in der unterschiedlichen Behandlung des Sicherungseigentums liegt, je nachdem es sich um eine Zwangsvollstreckung im Wege der Pfändung oder des Konkurses handelt. Da hier nur ein Überblick über den bisherigen Gläubigerschutz gegeben werden soll, genügt die Feststellung, daß nach herrschender Lehre und Rechtsprechung das Sicherungseigentum bei Pfändung des Sicherungsgutes die Wirkungen eines gewöhnlichen Eigentumsrechtes hat und im Konkurs des Sicherungsgebers lediglich die eines Pfandrechts.

§ 8.

Die Unzulänglichkeit dieses Schutzes und deren Gründe.

Zwei Hauptmängel der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers wurden aufgezeigt: das Fehlen der Erkennbarkeit und das Bestehen eines diesen Gläubigern gegenüber durch den Sicherungszweck nicht beschränkten Eigentumsrechts (vgl. im Text S. 13). Eine Gegenüberstellung des bisherigen Gläubigerschutzes mit diesen Mängeln ergibt, daß eine unmittelbare Beseitigung des in der Heimlichkeit liegenden Mangels überhaupt nicht und des anderen Mangels nur insoweit für möglich gehalten wird, als er sich im Konkurs auswirkt. Wird zunächst einmal von der Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs abgesehen, so besteht der Gläubigerschutz lediglich darin, daß den Gläubigern die Möglichkeit gegeben wird, bei mißbräuchlicher Ausnutzung der Sicherungsübereignung gegen deren Wirksamkeit vorzugehen oder den Sicherungseigentümer wegen der erlittenen Schädigung zur Schadensersatzpflicht heranziehen. Aber nicht jedem Mißbrauch der Sicherungsübereignung kann auf diese Weise entgegengetreten werden:

Die Anfechtungsvorschriften des BGB und die Bestimmung des § 419 BGB sind, wie gezeigt wurde (vgl. im Text S. 22 f.), schon wegen der engen Fassung des Tatbestandes für die Beseitigung der den Gläubigern durch die Sicherungsübereignung drohenden Gefahren von nur geringer Bedeutung.

Die auf Grund der übrigen Rechtsbehelfe gegebenen Schutzmöglichkeiten werden schon deswegen stark verringert, weil es in der Natur eines jeden Rechtsstreites liegt, daß ein an sich bestehender Anspruch nur dann durchgesetzt werden kann, wenn die ihn begründenden Tatsachen bewiesen werden. Die Gläubiger — bei der Anfechtung im Konkurs der Konkursverwalter — haben aber in allen Fällen mit besonderen Beweisschwierigkeiten zu kämpfen. Denn ob sie die Sicherungsübereignung anfechten (nach dem Anfechtungsgesetz oder der Konkursordnung), ob sie deren Nichtigkeit geltend machen oder den Sicherungseigentümer wegen der erlittenen Schädigung haftbar zu machen suchen: sie haben immer den Nachweis zu erbringen, daß wenigstens der Sicherungsnehmer bei Vornahme der Sicherungsübereignung die Benachteiligungsabsicht hatte oder doch mit der nicht ganz entfernt liegenden Möglichkeit rechnete, daß nichtsahnende Gläubiger zu Schaden kommen werden. Für einen Dritten ist es an sich nicht leicht, Beweise über Vorgänge herbeizuschaffen, die sich bei einem Vertragsschluß abgespielt haben, an dem er nicht beteiligt war. Mit besonderen Schwierigkeiten ist aber ein solcher Nachweis verbunden, wenn er Vorgänge des Seelenlebens, sog. innere Tatsachen, betrifft. Zwar kann ein Tatsachenurteil über äußere wie innere Tatsachen nur durch Wahrnehmung und Schlußfolgerung gebildet werden. Der Beweis über innere Tatsachen ist jedoch in der Regel nur durch den Nach-

weis vieler einzelner äußerer Tatsachen möglich, die den Schluß auf die Vorgänge im Innern zulassen (vgl. RG in JW 1912 S. 76 f.; Stein-Jonas zu § 282 ZPO Erl. II 1). So gelingt denn auch in der Praxis dieser Nachweis nur in besonderen Fällen und zwar meist solchen, in denen fast das ganze Vermögen des Schuldners übereignet wurde oder der Wert der Sicherheiten die Höhe der Forderung des Sicherungsnehmers ganz erheblich übersteigt.

Bei der Anfechtung der Sicherungsübereignung nach der Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz sowie bei der Geltendmachung ihrer Nichtigkeit auf Grund des § 138 BGB ist Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer das Bewußtsein unredlichen Verhaltens nachzuweisen. Bei dem Anspruch aus § 826 BGB ist nur dem Sicherungsnehmer der Vorwurf des Verschuldens zu machen. Überhaupt bietet der § 826 BGB den weitestgehenden Schutz. Es zeigte sich, daß nach der zu § 826 BGB entwickelten Rechtsprechung die Grenze zwischen zum Schadensersatz verpflichtenden und erlaubten Sicherungsübereignungen im Grunde durch die Erwägung bestimmt wird, daß die Bejahung der Haftpflicht des Sicherungseigentümers nicht dazu führen darf, die Sicherungsübereignung als brauchbares Kreditsicherungsmittel überhaupt zu beseitigen. Eine feste Grenzziehung ist dabei aber nicht möglich. Diese richtet sich vielmehr immer „nach den Umständen des Einzelfalles".

Die Beweisschwierigkeiten und das Fehlen einer festen Umgrenzung des Tatbestandes erlaubter und unerlaubter Sicherungsübereignungen haben zur Folge, daß es den Gläubigern fast unmöglich ist, zu beurteilen, ob ein etwaiges Vorgehen gegen die Sicherungsübereignungen des Schuldners Aussicht auf Erfolg hat. Für die Gläubiger ist daher immer die Entscheidung schwierig, ob sie einen mit meist erheblichen Kosten verbundenen Rechtsstreit wagen können. Der hierin liegende Nachteil ist von größerer Bedeutung, als es nach seiner geringen Beachtung im Schrifttum scheinen mag. Denn in der Praxis zeigt es sich immer wieder, daß gerade wegen der Ungewißheit des Prozeßausgangs manches Einschreiten gegen unredliche Sicherungsübereignungen unterbleibt. Die Gläubiger wollen eben nicht Gefahr laufen, außer den Kosten der Zwangsvollstrekkung in das Sicherungsgut noch die eines Rechtsstreites tragen zu müssen. Gerade solche Gläubiger, die über wenig Barmittel verfügen und vielleicht besonders schutzwürdig sind, werden vorsichtig sein und dazu neigen, eher das gepfändete Sicherungsgut freizugeben als einen Rechtsstreit zu führen, dessen Erfolg ungewiß ist.

Es könnte den Anschein haben, als solle aus der dargelegten Unzulänglichkeit des bisherigen Gläubigerschutzes die Schlußfolgerung gezogen werden, die Anfechtungsmöglichkeiten der Gläubiger müßten erleichtert und eine Sicherungsübereignung müsse eher als bisher für sittenwidrig gehalten werden und eine Schadensersatzpflicht begründen. Aber schon heute wird dem Reichsgericht der Vorwurf

gemacht, seine Rechtsprechung, insbesondere die zu § 826 BGB, werde den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht gerecht. Sie führe vielmehr dazu, daß die Sicherungsübereignung zur Bedeutungslosigkeit herabsinkt (vgl. Groffebert, S. 47; Rautmann, Der Wirtschaftstreuhänder 1936 S. 68; Cornelius in Gruch. Beitr. Bd. 73 S. 53 f.). Jedenfalls würde eine Verstärkung des Gläubigerschutzes, die auf dem Wege der Bekämpfung von Auswüchsen und Mißbräuchen erfolgt, eine Gefährdung des Bestandes der Sicherungsübereignung bewirken. Dies würde aber dazu führen, daß nicht nur die Mängel der Sicherungsübereignung beseitigt würden, sondern auch diese selbst und deren Nutzen. Andrerseits hat sich ergeben, daß es nur vereinzelte grobe Auswüchse sind, die auf dem Wege der Mißbrauchsbekämpfung beschnitten worden sind und, wie H. Lehmann („Gläubigerschutz", S. 66) mit Recht sagt, beschnitten werden können. Ferner ist es gänzlich unmöglich, auf diesem Wege die Mängel zu beseitigen, die der Sicherungsübereignung als solcher anhaften.

Nach geltendem Recht ist es aber auch nicht möglich, die Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung unmittelbar zu erzwingen und damit das Übel mit der Wurzel auszureißen. Deshalb kommt den Bestrebungen erhöhte Bedeutung zu, die das Ziel haben, die Rechte des Sicherungseigentümers dem Sicherungszweck entsprechend Dritten gegenüber zu beschränken, die also der unmittelbaren Beseitigung des zweiten aufgezeigten Hauptmangels der Sicherungsübereignung dienen.

Eine solche Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers wird aber, wie der Überblick über den Standpunkt der herrschenden Lehre und Rechtsprechung gezeigt hat, grundsätzlich nicht anerkannt. Eine Ausnahmeregelung wird lediglich im Konkurs zugelassen. Nur dort wird der Sicherungseigentümer einem bloßen Pfandgläubiger gleichgestellt. Gegenüber Pfändungen des Sicherungsgutes wird dem Sicherungseigentümer hingegen die Rechtsstellung eingeräumt, wie sie jeder andere Eigentümer genießt. Die Pfändung wird für unzulässig gehalten. Dies ist für die Gläubiger des Sicherungsgebers von besonderem Nachteil:

Diese Wirkung der Sicherungsübereignung verführt geradezu den Schuldner dazu, die Sicherungsübereignung zu mißbrauchen und sich ihrer lediglich zu dem Zwecke zu bedienen, sein Vermögen dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Nur zu leicht ist ein Schuldner der Versuchung unterlegen, die wertvollen Teile seines Vermögens einem anderen „zu treuen Händen" zur Sicherung zu übereignen, ohne daß überhaupt eine Forderung oder aber eine im Verhältnis zum Wert der übereigneten Sachen nur geringe Forderung dieses „Treuhänders" besteht. Wie schwierig es für die unbeteiligten Gläubiger ist, einen solchen Mißbrauch nachzuweisen, wurde bereits betont.

Darüber hinaus sind die Gläubiger des Sicherungsgebers auch bei redlichen Sicherungsübereignungen benachteiligt. Denn sie müssen sich nicht nur damit abfinden, daß die im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen unbemerkt zur Sicherung anderer Forderungen verwandt worden sind, sondern sie können sogar nicht einmal Befriedigung im Range nach dem Sicherungseigentümer verlangen. Außerdem haben sie auch noch die vergeblich aufgewandten Kosten der Zwangsvollstreckung in das Sicherungsgut zu tragen. Dies alles, obwohl sich der Sicherungseigentümer die Sicherung heimlich verschafft hat und die Gläubiger von ihrer Täuschung über die Vermögensverhältnisse des Schuldners keine Kenntnis erlangen konnten.

Es sind hauptsächlich rechtliche Bedenken, die dagegen erhoben werden, den Sicherungseigentümer in seinen Rechten dem wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung entsprechend zu beschränken, ihm insbesondere bei Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut nur ein Recht auf vorzugsweise oder abgesonderte Befriedigung aus dem Sicherungsgut zu gewähren. Daß ein wirtschaftliches Bedürfnis nach einer solchen Beschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers besteht, wird im allgemeinen anerkannt (vgl. Neuschäffer in der Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 633 ff.; Schwister in DJ 1934 Sp. 1025; Jaeger in ZZP Bd. 54 S. 145 f.; H. Lehmann, S. 66; Stampe, S. 73 ff.; s. auch RFH Bd. 19 S. 126 ff.). Auch aus der Rechtsprechung geht dies hervor. Denn sie stellt den Sicherungseigentümer wenigstens im Konkurs einem Pfandgläubiger gleich, weil sie es dort auch rechtlich begründen zu können glaubt. Schließlich wird das Bestehen dieses wirtschaftlichen Bedürfnisses auch durch die zahlreichen Reformvorschläge bestätigt. Denn in diesen wird, wie im nächsten Paragraphen der Arbeit gezeigt werden soll, es geradezu für selbstverständlich gehalten, daß die Stellung des Sicherungseigentümers auf die eines Pfandgläubigers „zurückzuschrauben" ist (in Anlehnung an H. Lehmann a.a.O.).

Daß die Wirkungen des Sicherungseigentums diesem wirtschaftlichen Bedürfnis nicht entsprechen, erklärt sich somit daraus, daß die Sicherungsübereignung zwar wirtschaftlich nur ein Ersatz des Besitzlosenpfandrechts ist, aber — zur Vermeidung der Nichtigkeit — in der rechtlichen Form einer Eigentumsübertragung vorgenommen werden muß. Überhaupt beruht die Unzulänglichkeit des Gläubigerschutzes im Grunde auf den Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß eine Rechtseinrichtung, die nicht im Gesetz geregelt ist, ja sogar darüber hinaus eine Umgehung des Gesetzesrechts bedeutet, in gesetzmäßige Bahnen gelenkt werden soll.

Es bleibt somit nachzuweisen, daß der Sicherungseigentümer auch rechtlich trotz seiner Stellung als Eigentümer bei Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut nur ein Recht auf vorzugsweise oder

abgesonderte Befriedigung geltend machen kann, daß also die Rechte eines Sicherungseigentümers einen anderen Inhalt — oder auch nur andere Wirkungen — haben als die eines anderen Eigentümers. Ob eine solche rechtliche Beschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers möglich ist, soll sich auf Grund der Darstellung der Rechte am Sicherungsgut und der Möglichkeit ihrer Beschränkung (im 3. Teil der Arbeit) ergeben.

Zusammengefaßt ergibt sich Folgendes: Der bisherige Gläubigerschutz bei Sicherungsübereignungen durch den Schuldner ist unzulänglich. Denn er ermöglicht es nur, ganz groben Mißbräuchen der Sicherungsübereignung entgegenzutreten. Eine Erweiterung des Gläubigerschutzes kann nicht dadurch erstrebt werden, daß die Sicherungsübereignung unter erleichterten Voraussetzungen für anfechtbar, nichtig oder zum Schadensersatz verpflichtend angesehen wird. Denn dies würde den Bestand der Sicherungsübereignung selbst gefährden und damit den Bedürfnissen des Kreditverkehrs nicht entsprechen. Deshalb ist umso eindringlicher zu fordern, daß die Rechtsmacht des Sicherungseigentümers den Gläubigern des Sicherungsgebers gegenüber dem Sicherungszweck entsprechend beschränkt wird. Der Eigentumsbegriff unseres Rechtes scheint einer solchen Beschränkung hinderlich zu sein. Von der rechtlichen Stellung des Sicherungsnehmers als Eigentümer muß aber ausgegangen werden, da die Übertragung vollen Eigentumsrechts nach geltendem Recht wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist. Die Untersuchung der Rechte am Sicherungsgut und der Möglichkeit ihrer Beschränkung soll zeigen, ob der Sicherungseigentümer nicht nur wirtschaftlich sondern auch rechtlich eine andere Stellung einnimmt als ein Eigentümer aus sonstigem Rechtsgrund.

§ 9.

Das Ziel der Reformvorschläge, die im Schrifttum hauptsächlich vertreten sind.

Die Hauptmängel der Sicherungsübereignung ergeben sich, wie dargelegt wurde, im Grunde aus dem Fehlen jeder gesetzlichen Regelung und der darauf beruhenden Notwendigkeit, die Sicherungsübereignung auf Grund von Rechtssätzen und Rechtsbegriffen auszugestalten, die auf diese nicht zugeschnitten sind. Eine gesetzliche Bestimmung könnte diese Mängel im wesentlichen beseitigen. Aus diesem Grunde sind im Schrifttum immer wieder Vorschläge zur Reform und gesetzlichen Regelung der Sicherungsübereignung gemacht worden.

Einzelne schlagen vor, die Kaufleute und Handelsgesellschaften zur Führung eines Handelsbuches zu verpflichten, in das die Sicherungsübereignungen einzutragen sind und das sich der Kreditgeber vorlegen lassen könne (vgl. Nr. 86 der Reichstagsdrucksachen des 8. Ausschusses III. Wahlperiode 1924—1926). Ein anderer Vorschlag geht dahin, daß das Registergericht ein Verzeichnis aller Sicherungsübereignungsverträge zu führen habe (vgl. Donaubauer, Das Arbeitsgericht 1932 Sp. 306 f.). Münzel (JW 1935 S. 1961) glaubt, den Mängeln der Sicherungsübereignung könne dadurch abgeholfen werden, daß statt der Sicherungsübereignung ein Pfandrecht geschaffen wird, für das die Errichtung eines Pfandprotokolls unter Mitwirkung des Gerichtsvollziehers wesentlich ist. Meist wird die Einführung eines Registerpfandrechtes empfohlen (vgl. Nr. 1811 der Reichstagsdrucksachen III. Wahlperiode 1924—1926 = Antrag Keinath und andere; H. Lehmann, S. 84; Weinberg, „Fragen des Gläubigerschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Registerpfandrechts, neuerdings K. H. Lehmann. S. 65 f. und besonders das Sammelreferat von v. Liebig und Bechert in KVjSchr.. Bd. 63 (1935) S. 151 ff. mit eingehendem weiterem Schrifttumsnachweis). Auch der Gedanke einer Unternehmenshypothek, des Registerpfandrechts am ganzen Unternehmen, gehört hierher. Er wird eingehend von Oppikofer („Das Unternehmensrecht", S. 136 ff.) begründet und gewinnt immer mehr an Bedeutung (vgl. Würdinger im NS-Handbuch S. 1123). Vgl. zu allem auch Neuschäffer in der Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 633 ff. und neuestens Schmelzeisen, „Das Treupfand".

Diesen Vorschlägen ist das Bestreben gemeinsam, statt der Sicherungsübereignung ein erkennbares Besitzlosenpfandrecht zu schaffen. Darüber, wie die Erkennbarkeit durchgeführt werden soll, gehen dabei die Meinungen im einzelnen auseinander. Es herrscht aber — das soll besonders hervorgehoben werden — grundsätzlich Einstimmigkeit darüber, daß die Rechte des Sicherungsnehmers entsprechend denen eines Pfandgläubigers auszugestalten sind.

Es soll noch erwähnt werden, daß die Forderung nach Offenkundigkeit und dinglicher Zweckbeschränkung der Rechte des Treuhänders am Treugut auch bei den Vorschlägen einer gesetzlichen Regelung der Treuhandverhältnisse überhaupt erhoben wird. Vgl. hierzu das Gutachten von Haemmerle über die Frage: Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? in den Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (1930) Bd. I S. 632 ff., 696 f. Haemmerle hält insbesondere die Treuhand nur dann für „lebenskräftig und entwicklungsfähig", wenn die treuhänderische Bindung mit dinglicher Wirkung ausgestattet wird. Allerdings will er gerade die Sicherungsübereignung als eine „gemischte Treuhänderschaft" von einer gesetzlichen Regelung ausgeschlossen wissen, jedoch, wie er selbst hervorhebt, nicht aus grundsätzlichen Erwägungen sondern aus besonderen wirtschaftlichen und rechtspolitischen Gründen (a.a.O. S. 679).

3. Teil.

Beseitigung der Hauptmängel der Sicherungsübereignung auf geltender Rechtsgrundlage.

1. Kapitel.

Die Rechte am Sicherungsgut.

Die Darstellung der Rechte am Sicherungsgut soll mit einem Rückblick auf die Vergangenheit eingeleitet werden. Dies geschieht weniger deshalb, weil es üblich ist, einer Abhandlung eine geschichtliche Betrachtung vorauszuschicken. Dieser Rückblick soll es vielmehr ermöglichen, die Ursachen für die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Rechte am Treugut zu klären. Darüber hinaus soll er die Erkenntnis vermitteln, welche Rechtsgedanken unserem deutschen Wesen entsprechen.

Es mag immerhin merkwürdig erscheinen, sich auf alte deutsche Rechtsgedanken berufen zu wollen, wo es sich um die Ausgestaltung der sich auf die Sicherungsübereignung gründenden Rechtsmacht handelt. Denn eine Rechtseinrichtung wie die Sicherungsübereignung war doch dem alten deutschen Recht unbekannt und widerspricht offenbar schon wegen ihrer Heimlichkeit dem deutschen Wesen. Das deutschrechtliche Pfandrecht, das als Faustpfandrecht ausgestaltet war, kommt aber unseren heutigen Verkehrsbedürfnissen nicht mehr nach. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, nach neuen Formen der Kreditsicherung zu suchen. Hierbei ist „Gelegenheit, an alte deutsche Rechtsgedanken anzuknüpfen und sie im Dienste der Gegenwartsforderungen zu neuem Leben erstehen zu lassen" (Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 663). Es kann nun nicht lediglich Sache gesetzlicher Neuregelung sein, eine dem deutschen Wesen entsprechende Lösung zu finden, es muß dies vielmehr bereits auf geltender Rechtsgrundlage versucht werden. Der Einfluß alter deutscher Rechtsgedanken wird gerade für die Frage der Ausgestaltung der Rechte am Sicherungsgut nützlich sein. Denn die deutsche Rechtsanschauung trägt dem vielgestaltigen, reichgegliederten Wirtschaftsleben ihrer Zeit Rechnung, ohne die begriffliche Abstraktheit des Eigentumsbegriffes zu kennen, und gerade das Bestehen eines abstrakten Eigentumsbegriffs scheint einer wirtschaftlich zweckmäßigen Ausgestaltung der Rechte am Sicherungsgut hinderlich zu sein.

Da nun dem deutschen Recht eine Sicherungstreuhand und damit eine dem Sicherungseigentum entsprechende Rechtsmacht am Sicherungsgut unbekannt ist, sollen die dem deutschen Wesen entsprechenden Rechtsgedanken an Hand der Ausgestaltung der Treuhandgeschäfte überhaupt gezeigt werden, also der Rechtsgeschäfte, die zum Erwerb eines Vermögensrechtes zu eigenem Recht führen, ohne daß dieses ausschließlich als eigenes ausgeübt werden soll. Die Eigentümlichkeit der deutschrechtlichen Regelung wiederum soll durch einen Vergleich mit der römischrechtlichen Treuhand gekennzeichnet werden, die eine grundsätzlich verschiedene Gestaltung erfahren hat.

§ 10.

Die Rechte am Treugut im römischen und alten deutschen Recht.

Die älteste und lange Zeit hindurch einzige anerkannte Rechtsform der Treuhand im römischen Recht ist die fiducia. Wer einem andern die Verfügungsgewalt über eine Sache einräumen, aber selbst nicht die rechtliche Zuständigkeit (das Eigentum) an der Sache verlieren wollte, mußte sich dieser Rechtsform bedienen. Diese eine Rechtseinrichtung mußte so zu den verschiedensten wirtschaftlichen Zwecken herhalten. An Hand der häufigsten Anwendungsfälle soll im folgenden gezeigt werden, wie bei der fiducia die Rechte am Sicherungsgut ausgestaltet sind.

Als wichtigster Fall der fiducia wird allgemein die fiducia cum creditore (contracta), die sog. Pfandfiducia, bezeichnet (vgl. Oertmann, „Die fiducia", S. 124). Diese diente der Kreditsicherung. Dem Gläubiger mußte die als Sicherheit bestimmte Sache durch mancipatio oder in iure cessio übereignet werden. Dabei versprach der Gläubiger durch formlosen Vertrag (pactum fiduciae), die Sache in gleicher Weise zurückzuübertragen, falls er befriedigt wurde. Ursprünglich lag es ganz in der Zuverlässigkeit (fides) des Gläubigers, ob er dieser Verpflichtung nachkam. Später konnte der Schuldner die Rückgabe auf Grund des pactum fiduciae im Wege der Klage erzwingen (actio fiduciae; vgls. Jörs, „Geschichte und System des römischen Privatrechts", S. 66 und 107). Ein Verwertungsrecht hatte der Gläubiger im Falle des Schuldnerverzuges nur dann, wenn ihm dies besonders eingeräumt war (pactum de vendendo). Auch die sog. Verfallklausel konnte vereinbart werden (lex commissoria; vgl. Jörs S. 106 f.). Noch lange nachdem sich pignus (Faustpfand) und hypotheka (bloßes Vertragspfand) entwickelt hatten, war die fiducia für die Verwertung von res mancipi zur Sicherung von Bedeutung. Das Justinianische Recht kennt sie aber nicht mehr. (Oertmann S. 132 ff.).

Neben dieser fiducia mit Sicherungszweck, der fiducia cum creditore, die in starkem Maße dem Interesse des Treuhänders dient, gab es eine fiducia, bei der der Treuhänder eine vollkommen uneigennützige Rechtsstellung erhielt: die fiducia cum amico (contracta). Ihrer mußte man sich bedienen, wenn man einem Anderen Vermögensstücke zur Verwaltung oder Verwendung für irgendeinen bestimmten Zweck an die Hand geben wollte, so z. B. wenn man ihm eine Sache zur Verwahrung oder sonst zur Sicherstellung (servandum dare) übergeben oder zum Gebrauch (utendum dare, Leihe) überlassen wollte. (Über die verschiedensten Zweck der fiducia cum amico siehe Oertmann a.a.O. S. 136 f.). Auch hier mußten dem Treuhänder immer die Sachen übereignet werden, obwohl dieser — wirtschaftlich gesehen — das Eigentum nicht erwerben sollte.

Das Wesen der fiducia besteht darin, daß der Treuhänder immer voller, unumschränkter Eigentümer wird. Wenn er das Treugut an einen Dritten veräußerte, so erwarb dieser in jedem Falle Eigentum, ohne daß der Dritte Angriffe seitens des Schuldners zu befürchten hatte. Der Treuhänder hatte ferner entsprechend seiner Stellung als Eigtümer zum Schutze seines Eigentums die rei vindicatio und actio negatoria. Er bedurfte zur Geltendmachung dieser Ansprüche nicht etwa einer besonderen Ermächtigung des Treugebers. Ebenso fiel das Treugut beim Tode des Treuhänders in dessen Nachlaß. Dem Treugeber gegenüber war der Treuhänder nur schuldrechtlich, durch das pactum fiduciae, verbunden. Der Treuhänder war also wohl verpflichtet, nur in der vereinbarten Weise über das Treugut zu verfügen, kraft seiner Rechtsstellung konnte er aber wirksam andere Verfügungen treffen.

Die Treuhandschaft hat durch Ausgestaltung des Manzipationstestamentes auch im römischen Erbrecht eine große Bedeutung erlangt. Der Testator „verkaufte" sein Vermögen als Ganzes durch Manzipation gegen einen Scheinpreis an einen Treuhänder. Gleichzeitig bestimmte er (nuncupatio, vgl. Jörs a.a.O. S. 65), was mit dem Nachlaß geschehen sollte, also wem z. B. ein bestimmter Nachlaßgegenstand zufallen oder wer eine bestimmte Geldsumme erhalten sollte. Der Vollstrecker des letzten Willens erscheint also als Treuhänder des Erblassers, dessen Anordnungen er ausführen soll. Die Rechtsmacht auch eines solchen Treuhänders war umfassend. Er erlangte ein vollwertiges, unumschränktes Eigentumsrecht am Treugut. Er war also Gesamtnachfolger des Erblassers (heredis loco; Jörs, S. 224). Auch er war nur schuldrechtlich verpflichtet, über den Nachlaß lediglich den Bestimmungen des Erblassers gemäß zu verfügen. Diese waren rechtlich nur „Bitten" (Jörs, S. 225). Als sich der treuhänderische „Käufer" des Nachlasses immer mehr zur bloßen Formperson entwickelte und der in der Manzipation Ernannte Erbe wurde, mußte nach wie vor dem Treuhänder das Vermögen mancipiert werden: propter veteris iuris imitationem (Jörs a.a.O.).

Zu den Treuhandfällen gehört ferner das fideicommissum in seiner ursprünglichen Form. Es war die letztwillige Bitte des Erblas-

sers, eine erteilte Anordnung zu erfüllen. Ebensowenig wie eine Rechtsform notwendig war, fand auch ein Rechtszwang statt. Es lag vielmehr allein in der Gewissenhaftigkeit und Zuverlässigkeit (fides) des Belasteten, den Anordnungen des Erblassers nachzukommen. In der Kaiserzeit verringerte sich mit der Entwicklung der Klagbarkeit der Fideikommisse die treuhänderische Stellung des Belasteten. Seitdem verstand man unter fideicommissum letztwillige Zuwendungen zu Lasten derer, denen nach dem Willen des Erblassers der Nachlaß oder einzelne Nachlaßgegenstände zufielen. (Vgl. zu allem Jörs, S. 250 ff.).

Auch eine Treuhandschaft an Forderungen war dem römischen Recht bekannt, und zwar bei der adstipulatio. Bei Begründung einer Stipulationsschuld konnte im Interesse des Gläubigers (als Hauptstipulanten) vom Schuldner die Schuld auch an den adstipulator (Nebengläubiger) versprochen werden. Dies geschah zur Verstärkung der Stellung des Gläubigers. Er ist verpflichtet, die an ihn erfolgte Leistung des Schuldners an den Hauptgläubiger herauszugeben. Auch die Rechtsmacht dieses Treuhänders war umfassend. Er hatte nicht nur ein selbständiges Klagerecht, sondern er konnte auch wirksam einen Schuldaufhebungsvertrag abschließen oder auf das Klagerecht verzichten. Der Hauptgläubiger hatte dann nur einen Schadensersatzanspruch gegen den pflichtwidrig vorgegangenen Treuhänder (vgl. Schultze in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 10).

Die Treuhandverhältnisse im römischen Recht zeichnen sich also alle dadurch aus, daß die Treuhändereigenschaft auf den Umfang der (dinglichen) Rechte des Treuhänders am Treugut ohne jeden Einfluß ist. Es war also nicht möglich, dem Treuhänder eine nur beschränkte, dem wirtschaftlichen Zweck des Treuhandverhältnisses entsprechende Rechtsmacht zu übertragen. Die zahlreichen Zwecke des Wirtschaftsverkehrs konnten demnach nicht durch entsprechende Rechtsgeschäfte unmittelbar zur Geltung gebracht werden. Dies liegt, wie Schultze (a.a.O. S. 13 ff.) ausführt, in dem ganzen System des römischen Rechts begründet. Dieses kannte weder den Grundsatz der Offenkundigkeit der Sachenrechte noch einen Schutz des guten Glaubens. Nicht die tatsächlichen Verhältnisse waren für den Rechtserwerb maßgebend, sondern die wirkliche dingliche Rechtslage, gleichgültig ob diese erkennbar oder dem Erwerber bekannt war. Eine dingliche Zweckbeschränkung der Rechte am Treugut hätte bei solchen Grundsätzen jegliche Verkehrssicherheit untergraben. „Der Gedanke einer Verdinglichung (der Zweckbeschränkung) erscheint als gefährliche Vermischung der Rechtsformen. Der Zweck muß sich der Form unterordnen“ (Siebert, „Treuhandverhältnis“, S. 43 f.).

Die dem Treuhänder anvertraute Rechtsmacht ist im deutschen Recht grundsätzlich anders ausgestaltet. Zwar hat es im

ältesten deutschen Recht ebenfalls eine Treuhand gegeben, die den Treuhänder lediglich durch seine Treupflicht beschränkte, die also der römischrechtlichen Treuhand vergleichbar ist. Beyerle („Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts", S. 27) bezeichnet diese als die erste Treuhandstufe des Profanrechts. Sie ist jedoch bei einer Betrachtung der Eigenart der deutschrechtlichen Ausgestaltung der Treuhand nicht von Bedeutung. Denn die Rechtszuständigkeit am Treugut war nicht deshalb gerade so ausgebildet, weil eine umfassende Rechtsmacht des Treuhänders deutschem Rechtsdenken entsprochen hätte. Vielmehr haben solche Treugelöbnisse, auch als sie schon rechtliche Bindungsformen waren, „ihren Ursprung im sakralen Zwang, in der Magie" (Beyerle, S. 26). Gerade weil infolge der Verkehrsentwicklung eine anders geartete Gestaltung der dinglichen Berechtigung dem deutschen Wesen mehr entsprach, hat sich — besonders im Liegenschaftsrecht — schon früh eine dinglich wirkende Zweckbeschränkung der treuhänderischen Rechtsmacht durchgesetzt. Beyerle kennzeichnet sie als zweite geschichtliche Entwicklungsstufe der Treuhand. Diese verdient besondere Hervorhebung, weil sie die Eigenart deutschrechtlicher Ausgestaltung zum Unterschied von der römischrechtlichen Treuhand deutlich erkennen läßt (Siebert a.a.O. S. 44). Aus diesem Grunde wird denn auch oft im Schrifttum bei Darstellung der deutschrechtlichen Treuhand nur diese Treuhandstufe erwähnt (vgl. Haemmerle a.a.O. S. 636 ff.; Schultze a.a.O. S. 7 ff.).

Als ältester Fall deutschrechtlicher Treuhandschaft wird im Schrifttum ganz allgemein die sog. fränkische Affatomie („adfatimus") angesehen (Schultze, S. 7; vgl. auch das langobardische „gairethinx"). Diese ermöglichte es einem Erblasser, der keine erbberechtigten Nachkommen hatte, den Heimfall seiner Güter an den König oder das Volk durch deren Übertragung auf einen Treuhänder, den Salmann (von saljan = (treuhänderisch) übergeben), zu vermeiden. Diese Übertragung fand noch zu Lebzeiten des Erblassers statt. Der Erblasser bestimmte dabei, daß der Salmann das Vermögen oder einzelne ihm übertragene Vermögensstücke nach seinem Tode auf den Bedachten übertragen solle. Der Salmann wurde, wie Beyerle (S. 33 ff.) nachweist, Eigentümer. Er konnte ja auch nur dann Eigentumsrechte auf den Bedachten übertragen, wenn er selbst Eigentümer war, — zumal eine unmittelbare Stellvertretung noch nicht bekannt war.

Ein weiterer Fall deutschrechtlicher Treuhand war die letztwillige Vergabung, insbesondere in der Form von Schenkungen durch die Zwischenhand des Königs oder kirchlicher Anstalten. Hier sollte der Treuhänder nach bestem Wissen und Gewissen oder nach besonderen Bestimmungen des Erblassers den Bedachten die ihnen zugedachten Gegenstände formgerecht übertragen. Dies geschah einmal deshalb, weil eine einseitige letztwillige Verfügung nicht zulässig war, und wohl auch zu dem Zwecke, eine erhöhte Rechtssicherheit

zu erzielen, insbesondere den Bedachten gegen nachträgliche Angriffe Dritter, namentlich der gesetzlichen Erben, zu schützen. „Gerade die Durchgangsrolle . . . hat nur Sinn, wenn der dazwischengeschaltete Mächtige wirklich Eigner war" (Beyerle, S. 36).

Auch bei anderen Treuhandfällen wird die Eigentümerstellung des Treuhänders deutlich. So wurde häufig ein Treuhänder eingesetzt, wenn jemand seine Heimat verließ und für den Fall Vorsorge treffen wollte, daß er nicht lebend zurückkehrte. Der Treugeber übertrug in solchem Falle sein Vermögen dem Salmann mit der Auflage, es bei seinem Tode einem bestimmten Dritten zu übereignen, es aber im Falle seiner Rückkehr ihm selbst zurückzugeben. Auch hier hätte der Treuhänder kein Eigentumsrecht übertragen können, wenn er nicht selbst Eigentümer war.

Ferner war — jedenfalls für die ältere Zeit — der Salmann Eigentümer, dem als Treuhänder eines Nichtbürgers ein städtisches Grundstück gehörte. Dieses Treuhandverhältnis wurde dann begründet, wenn nach der Stadtverfassung der Erwerb eines Stadtgrundstückes einem Nichtbürger nicht erlaubt war, dieser aber dennoch städtischen Grundbesitz erwerben wollte. Das Grundstück erwarb dann ein Bürger als Treuhänder des Nichtbürgers. Er konnte dies auch, weil es nach dem Stadtrecht nur darauf ankam, daß der Bürger als Eigentümer anzusehen war und somit für öffentliche Lasten (Steuer und Wacht) haftete. Dieser Salmann kann auch nicht nur als Bürge angesehen werden, denn es bliebe dann „schwer verständlich, weshalb man dann überhaupt ihm dingliche Rechtsstellung zuerkannte" (Beyerle, S. 36, 40 ff.).

Außer den erwähnten Fällen konnte noch zu den verschiedendsten Zwecken ein Treuhandverhältnis geschaffen werden. Insbesondere gab es zahlreiche Anwendungsfälle der Treuhand auf dem Gebiete des Personen- und Familienrechts, auch eine Treuhandschaft bei Forderungsrechten war dem deutschen Recht bekannt (vgl. hierzu Siebert, „Treuhandverhältnis", S. 46 mit Schrifttumsnachweis). Hervorzuheben ist, daß die Treuhand nicht immer uneigennützig war, daß sie sich vielmehr „mit Eigennutz verschwistern" konnte. „Derartiges dürfte schon recht früh geschehen sein" (Beyerle, S. 24. Er bezeichnet diese Fälle der Treuhand als „Mischtypen persönlicher Verkettung").

Von einer näheren Betrachtung all dieser Erscheinungsformen kann abgesehen werden. Denn einmal zeigen sie die Ausgestaltung der Rechte am Treugut im alten deutschen Recht nicht eindeutiger als die angeführten Fälle, darüber hinaus sind sie zum Teil quellenmäßig weniger deutlich erfaßbar (Beyerle S. 33).

Bisher wurde dargelegt, daß der Treuhänder des alten deutschen Rechts — jedenfalls in den typischen Fällen — die Stellung eines Eigentümers hatte. Auch der römischrechtliche Treuhänder war Eigentümer. Und doch ist die Rechtsmacht beider am Treugut

völlig verschieden. Die Rechte des deutschrechtlichen Treuhänders waren nämlich im Gegensatz zu denen des Fiduziars im römischen Recht dem Treuzweck entsprechend dinglich beschränkt. Diese dingliche Zweckbeschränkung tritt deutlich bei der treuhänderischen Übertragung von Grundstücken hervor:

Der rechtsgeschäftliche Wechsel in den Herrschaftsrechten an Grund und Boden vollzog sich in drei aufeinanderfolgenden Akten: Gabe (Sala, Salung), Gewerung (investitura) und Lassung (Auflassung, Lossagung, Verzicht). Diese Dreiteilung hat mit der in unserm Recht bestehenden Unterscheidung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften nichts zu tun. Vielmehr ging wohl der Veräußerungsvertrag der Gabe voraus (Gierke, Sachenrecht S. 268). Es besteht aber „auch keinerlei Anhalt dafür, daß das deutsche Recht die gekünstelte Vorstellung von einem nur dinglichen Vertrag (Einigung) gekannt hätte" (Beyerle, S. 34). Jedenfalls schloß sich dieser Gabe die Gewerung an. Dies war die Besitzeinweisung, die „Bekleidung" des Erwerbers mit dem Grundstück, „die symbolische Investitur" (Gierke, S. 269, s. auch S. 187). In diesem Übertragungsakt wurde also der Besitzwechsel vollzogen. Nachdem nun der Erwerber Besitz von dem Grundstück ergriffen hatte, mußte der Veräußerer feierlich auf sein Recht verzichten, er mußte sich — wie es nach Beyerle (S. 35) in den Urkunden heißt — allen Rechtes verzeihen oder entzeihen, renuntiare omni iuri (vgl. auch Gierke, S. 269).

Bei treuhänderischer Besitzeinweisung fanden nun wohl Gabe und Gewerung statt, aber die Lassung, der Rechtsverzicht, blieb regelmäßig aus. Auf diese Besonderheit hat, wie Beyerle a.a.O. hervorhebt, schon Heusler hingewiesen. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, der Treugeber sei Eigentümer geblieben. Denn, wie wir sahen, hätte der Treuhänder dann seine Aufgabe nicht erfüllen können. Es kann als Verdienst von Beyerle bezeichnet werden, das Ausbleiben des Rechtsverzichtes für unser Verständnis „verlebendigt" zu haben. Er weist darauf hin, daß der Veräußerer mit der Erklärung des Rechtsverzichtes den Empfang des Gegenwertes bekannte. Im Falle einer Schenkung zählte der Übereigner statt dessen die empfangenen Dienste auf oder sprach die Hoffnung auf Gottes Lohn aus. Der Verzicht bedeutete also die Erklärung, daß das Grundverhältnis (die causa) bereinigt und deshalb die dingliche Rechtsstellung des Erwerbers allwirksam sei. „Erst der Verzicht machte den Bestand des Eigentums in der Hand des Erwerbers abstrakt wirksam". Der Treugeber aber wollte sich den Rückgriff auf das Treugut offen halten, falls die Erreichung des mit dem Treuhandgeschäft erstrebten Zweckes in Frage gestellt wurde. Damit wollte er sich nicht nun vor einem Treubruch des Treuhänders schützen. Er wollte wohl auch eine Rücktrittsmöglichkeit für den Fall haben, daß von dritter Seite Einsprüche erhoben und das Treugut beansprucht wurde. Iedenfalls lag es für den Treugeber sehr nahe,

den Rechtsverzicht nicht auszusprechen. Daraus ergab sich dann, daß das Eigentum des Treuhänders durch den Treuzweck gebunden, dinglich beschränkt war. In diesem Sinne spricht Beyerle von „kausalem Treuhandeigen" (S. 33 ff.).

Die Möglichkeit, die dinglichen Berechtigungen an einer Sache jeweils nach dem Vertragszweck auszugestalten, konnte deshalb ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit den Parteien überlassen bleiben, weil der oberste Grundsatz des deutschen Sachenrechts der der Offenkundigkeit war. Und nur wo die causa offenkundig war, konnte der Zweck beim Eigentumsgehalt mitsprechen. Im Publizitätsprinzip fand die dingliche Zweckbeschränkung der Rechtsmacht ihre Grundlage und Grenze (Schultze, S. 16; Beyerle, S. 38). Bei beweglichen Sachen konnte sich nun die Offenkundigkeit nur in der Gewere äußern. Deshalb fehlte hier häufig die Offenkundigkeit der Zweckbeschränkung und bewirkte so einen weitgehenden Schutz gutgläubiger Dritter. Im Liegenschaftsverkehr wurde dagegen eine wirkliche „offene Treuhand" erreicht.

Schwierigkeiten ergeben sich bei der Darstellung dieser Rechte am Treugut im alten deutschen Recht infolge des „Zwanges der geläufigen Begriffe. Wer nur abstraktes Eigentum sich vorzustellen gelernt hat, sucht hinter dem beschränkten Eigentum immer noch ein letztes, unbeschränktes Herrschaftsrecht" (Beyerle, S. 39). Und wenn es auch im deutschen Recht ein unbeschränktes, gegen jedermann wirkendes (abstraktes) Eigentumsrecht gegeben hat, so gehört doch zum deutschrechtlichen Eigentumsbegriff die Abstraktheit nicht. Ein Eigentum mit feststehendem Inhalt gab es nicht. „Das eigentliche ‚Eigentum' und die sonstigen sachenrechtlichen Erscheinungen flossen ineinander über. Alles war nur Spielart, schwächere oder stärkere Ausprägung des einen selben Grundempfindens, daß nämlich Menschen die Naturgüter in Obhut und Nutzung, tatsächliche und rechtliche Verwaltung nehmen (Hedemann, Sachenrecht, S. 56). Es ist nun versucht worden, die einzelnen Erscheinungsformen der deutschrechtlichen Treuhand unter Verwendung unseres heutigen Eigentumsbegriffes zu erklären. So wird geprüft, ob der Treuhänder im Einzelfall eine bedingte oder unbedingte Rechtsmacht erhalten hat, ob er als Miteigentümer oder Alleineigentümer anzusehen ist oder ob er nur ein dingliches Verwaltungsrecht hatte (vgl. Siebert a.a.O., S. 68 ff. und das dort nachgewiesene Schrifttum). Es braucht aber an dieser Stelle zu diesen Versuchen nicht Stellung genommen werden. Denn zur Klärung des Wesens der deutschen Treuhand ist die Eingliederung in die eine oder andere Gestaltungsform nicht erforderlich. Hier genügt die Feststellung, daß es ein Eigentumsrecht mit fest umrissenem Inhalt nicht gab, daß vielmehr die Rechtsmacht des Treuhänders am Treugut durch Vertrag mit dinglicher Wirkung dem Zweck entsprechend beschränkt werden konnte, sofern nur dieses Recht des Treuhänders offenkundig war.

§ 11.

Der Treuhänder als Nichtvollberechtigter?

Die Gestaltungsmöglichkeiten einer solchen Rechtszuständigkeit am Treugut und deren Unanwendbarkeit auf das Sicherungseigentum.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, die Rechtsmacht am Treugut auszugestalten: sie bewegen sich vom vollen Eigentumsrecht des Treugebers über Zwischenstufen gemeinschaftlicher Berechtigung zum Volleigentumsrecht des Treuhänders. Man kann nun nicht sagen, die Treuhandidee werde am besten bei dieser oder jener Gestaltungsform verwirklicht, denn dann würde man den verschiedenen und unterschiedlichen Zwecken, denen die Treuhandgeschäfte dienen, nicht gerecht (Siebert a.a.O., S. 403). Gegenstand unserer Untersuchung ist nun die Treuhand mit Sicherungszweck, die Sicherungsübereignung, und es gilt festzustellen, wie die Rechtszuständigkeit an dem auf diesem treuhänderischen Rechtsgeschäft beruhenden Treugut, dem Sicherungseigentum, verteilt ist.

Von vornherein scheiden die Gestaltungsmöglichkeiten aus, nach denen *nur* der Treugeber Rechte am Treugut hat. Dabei ist nicht einmal die Prüfung notwendig, ob bei einer solchen Gestaltungsform überhaupt noch von einem Treuhandverhältnis gesprochen werden kann (vgl. dazu Siebert a.a.O., S. 102 ff. [106] und 402). Denn für die Sicherungsübereignung kommt eine solche „Verteilung" der Rechtszuständigkeit schon deshalb nicht in Frage, weil die Übertragung des Eigentumsrechtes auf den Sicherungsnehmer wesentliches Merkmal der Sicherungsübereignung ist (vgl. im Text S. 3), der Sicherungsnehmer also auf jeden Fall ein Eigenrecht hat.

Die Rechtszuständigkeit am Treugut kann auch in der Weise geregelt werden, daß zwar der Treuhänder Eigenrechte hat, aber *auch* dem Treugeber Rechte am Treugut zustehen, oder aber die Rechte des Treuhänders *beschränkt* sind. Ist nun vielleicht bei der Sicherungsübereignung eine solche gemeinsame Berechtigung von Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber geschaffen worden oder hat der Sicherungsnehmer nur eine beschränkte Rechtsmacht erhalten?

Zunächst sollen die *Möglichkeiten gemeinsamer Berechtigung* von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer am Sicherungsgut untersucht werden.

Aus dem in unserem Sachenrecht verankerten Grundsatze der Geschlossenheit der dinglichen Rechte (Typenzwang!) folgt, daß eine gemeinsame dingliche Berechtigung am Treugut nicht beliebig vereinbart werden kann. Wenn Treugeber und Treunehmer ein sie gemeinsam berechtigendes dingliches Recht begründen wollen, müssen sie sich also einer der gesetzlich geregelten Möglichkeiten gemeinsamer Berechtigung an einer Sache bedienen.

Eine Möglichkeit, nach geltendem Recht ein Rechtsverhältnis zu begründen, das Treugeber und Treuhänder gemeinsam am Treugut

berechtigt, bietet die Berechtigung zur gesamten Hand. Von den gesetzlich bestimmten Fällen einer Gesamthandsberechtigung kommt als Grundlage einer gesamthänderischen Bindung bei der Treuhand ein Gesellschaftsverhältnis in Frage (§ 705 ff. BGB). Dieses kann — wenn auch nur ausnahmsweise — als Grundlage eines Treuhandverhältnisses dienen, obwohl Gesamthand und Treuhand verschiedene „Grundformen persönlicher Verkettung" sind (Beyerle, S. 16 ff.; vgl. hierzu eingehend Siebert, a.a.O., S. 316 ff., besonders S. 319 und 323). Voraussetzung hierfür ist aber immer eine besondere Interessengestaltung. Und zwar ist wesentliches Tatbestandsmerkmal eines derartigen Gesellschaftsverhältnisses, daß es sich um einen (vertraglichen) Zusammenschluß zu einem gemeinsamen Zwecke, also zur Wahrung gleichlaufender Interessen handelt. Bei der Sicherungsübereignung werden aber — jedenfalls in erster Linie — „gegenläufige" Interessen verfolgt (in Anlehnung an Beyerle, S. 17; vgl. Staudinger Vorb. II 5 a und b vor § 705 BGB). Schon aus diesem Grunde kann bei der Sicherungsübereignung von einem Gesellschaftsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer und damit von einer Gesamthandberechtigung beider am Treugut keine Rede sein.

Als zweite Möglichkeit gemeinsamer Berechtigung am Treugut kommt die Mitberechtigung, und zwar die Gemeinschaft nach Bruchteilen, in Frage. Im Gegensatz zum Gesellschaftsverhältnis braucht hier eine besondere personenrechtliche Verbundenheit nicht vorzuliegen. So kann bei einer Sicherungsübereignung ohne weiteres eine Gemeinschaft nach Bruchteilen geschaffen werden, indem nämlich dem Gläubiger nicht das volle Eigentumsrecht, sondern nur ein Miteigentumsrecht übertragen wird. Dieses Miteigentumsrecht würde sogar durch Einigung und Verschaffung bloßen Mitbesitzes begründet werden können, ohne daß sich — wie es nach § 1206 BGB bei der Pfandbestellung nötig wäre — die Sache unter Mitverschluß des Gläubigers zu befinden braucht (vgl. RGRKom. zu § 929 BGB Erl. 4 letzter Absatz und 7 a; Staudinger zu § 1008 BGB Erl. 5; RG Bd. 13 S. 179). Der Sicherungsgeber würde hinsichtlich des nicht übertragenen Bruchteils voller Eigentümer sein. Der Sicherungsnehmer könnte jedoch bei Pfändung des gemeinschaftlichen Gegenstandes durch Gläubiger des Sicherungsgebers kraft seines Miteigentumsrechtes Widerspruch nach § 771 ZPO erheben. Im Konkurse könnte er hinsichtlich seines Miteigentumsanteils Aussonderung verlangen. Immerhin könnten diese Gläubiger in den Miteigentumsanteil des Sicherungsgebers vollstrecken (vgl. § 857 ZPO; Stein-Jonas zu § 771 ZPO Erl. II 1 a und zu § 857 ZPO Erl. II 1, H. Lehmann in JW 1929 S. 2114).

Im Rahmen dieser Untersuchung kommt es nun darauf an, ob der Sicherungseigentümer, dem das Eigtum nach § 930 BGB ohne besondere, das dingliche Rechtsgeschäft betreffende Bestimmung übertragen worden ist, als Miteigentümer angesehen werden kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn bei einer Sicherungsübereignung

auf einen dahingehenden Parteiwillen geschlossen werden könnte. Eine entsprechende Vereinbarung läßt sich aber nicht aus einem solchen Vertrage herauslesen. Denn es ist gerade der Zweck der Sicherungsübereignung, dem Sicherungsnehmer ein selbständiges Verwertungsrecht am Sicherungsgut zu verschaffen. Als bloßer Miteigentümer könnte er aber über den gemeinsamen Gegenstand nicht allein verfügen. Schließlich ist die Vereinbarung eines bestimmten Bruchteils zur Begründung eines Miteigentumsrechtes erforderlich. Denn die dinglichen Rechte müssen nicht nur nach Art und Gegenstand, sondern auch nach ihrem Umfange genau feststellbar sein (Spezialitätsprinzip). Es würde aber — schon wegen der Schwierigkeit, den ohnehin Schwankungen unterworfenen Wert des Sicherungsgutes zu bestimmen — unmöglich sein, anzunehmen, daß der Sicherungseigentümer in dieser oder jener bestimmten Höhe anteilsmäßiger Eigentümer sein soll.

Eine andere vom geltenden Recht zugelassene Möglichkeit, die Rechtszuständigkeit am Treugut so auszugestalten, daß Treugeber und Treuhänder gemeinsam berechtigt sind, kommt für die Sicherungsübereignung nicht in Frage. Es können auch nicht beliebig beschränkte dingliche Rechte begründet werden. Denn die Zahl der möglichen rechtsbegründenden Rechtsübertragungen im Gebiete des Sachenrechts ist geschlossen, es besteht ein Typenzwang, der numerus clausus der Sachenrechte. Das ist allgemein anerkannt (vgl. Staudinger Einleitung III zu Band 3, Sachenrecht).

Um doch zu einem dem wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung entsprechenden Ergebnis zu kommen, hat Nord (JurRdsch. 1927, Bd. I Sp. 590 ff.) trotzdem versucht, dem Sicherungseigentümer nur ein Miteigentumsrecht zu Bruchteilen zuzuerkennen. Er geht davon aus, daß die Sicherungsübereignung ein Treuhandgeschäft ist, weil dem Sicherungsnehmer ein stärkeres Recht eingeräumt wird, als zur Erfüllung des wirtschaftlichen Zweckes des Rechtsgeschäftes erforderlich wäre. Er sieht nun den Sicherungseigentümer in zweifacher Hinsicht als Treuhänder an. Einmal sei er, so führt er aus, insoweit Treuhänder, als er Eigentum erhält, obwohl er nur ein Pfandrecht erhalten sollte. Ferner sei er aus dem Grunde Treuhänder, weil ihm Sachen in höherem Werte übereignet worden sind. als er zur Deckung seiner Forderung bedarf. Nord fährt danach wörtlich, wie folgt, folgt: „Der wirtschaftliche Wert, welcher zur Deckung der gesicherten Forderung nicht erforderlich ist, soll dem Sicherungseigentümer garnicht zukommen. Insoweit bleiben materiell sachliche Rechte beim Schuldner zurück. Das Besondere dieser Rechte dinglicher Art ist nur, daß sie nicht an einzelnen abgegrenzten Gegenständen bestehen, sondern an dem Wert (!) eines oder mehrerer Gegenstände, an welchem gleichzeitig auch dem Sicherungseigentümer das zu seiner Sicherung dienende Recht zusteht. An diesen Rechten dinglicher Art hat also der Schuldner, der Treugeber, noch sachliche materielle Rechte.“ Dem Siche-

rungsseigentümer stehe an diesen Rechten, so legt Nord weiter dar, kein volles Eigentum zu, sondern nur ein Verwaltungsrecht. „Das fiduziarische, obligatorische Rechtsverhältnis" wirke sich „überhaupt nicht dinglich aus". Und so könne das „materielle Eigentum, welches dem Treugeber verblieben ist", auch von den Gläubigern in Anspruch genommen werden. Nord kommt so zu dem Ergebnis, daß die Gläubiger des Sicherungsgebers in das Sicherungsgut vollstrecken können, wenn nicht der Sicherungsnehmer glaubhaft macht und im Falle eines Rechtsstreites beweist, daß er zur Deckung seiner Forderung der Sicherungsgegenstände bedarf.

Der Sicherungseigentümer würde sich also nach dem Vorschlage von Nord praktisch in derselben Lage befinden, wie nach § 805 ZPO ein Pfandgläubiger, der sich nicht im Besitze der Pfandsache befindet. So wünschenwert dieses Ergebnis auch ist, es kann dieser Ansicht doch nicht beigetreten werden:

Nord ist der Ansicht, dem Sicherungsgeber verblieben dingliche Rechte an dem Wert der übereigneten Sachen, der zur Deckung der Forderung nicht nötig ist, weil — wie sich aus dem Sicherungsübereignungsvertrage ergebe — der Sicherungsnehmer diese Rechte nicht erhalten solle. Damit macht er doch nichts anderes geltend, als daß der Sicherungsnehmer aus dem Grunde nicht als Volleigentümer angesehen werden dürfe, weil seine Rechtsmacht nach dem Treuhandvertrage nur Sicherungszwecken dienen soll. Trotzdem führt Nord selbst an anderer Stelle aus, daß sich „das fiduziarische, obligatorische Rechtsverhältnis überhaupt nicht dinglich auswirkt". Und das ist richtig (vgl. im Text S. 3 f). Die Ausführungen von Nord enthalten also einen Widerspruch in sich und sind schon deshalb als unhaltbar anzusehen, weil sie der treuhänderischen Abrede dingliche Wirkung beimessen.

Darüber hinaus kann diesem Vorschlage auch deswegen nicht gefolgt werden, weil er mit dem Grundsatz der Geschlossenheit der Sachenrechte, dem numerus clausus, nicht vereinbar ist. Denn solche „materiellen Rechte", also Sachenrechte, die nach Nord dem Sicherungsgeber verblieben sind, sind unseren Gesetzen unbekannt. Zudem liegt auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Spezialität der Sachenrechte vor. Denn dem Sicherungsgeber sollen diese dinglichen Rechte nicht an den einzelnen Sachen, sondern an deren Wert zustehen, und auch die Höhe des Wertes, zu der er berechtigt sein soll, steht nicht fest. So ist denn auch die Ansicht von Nord — soweit ersichtlich — im Schrifttum nirgends vertreten.

Die Rechtszuständigkeit am Sicherungsgut ist also nicht so verteilt, daß Sicherungsgeber und Sicherungseigentümer gemeinsam berechtigt sind. Hat aber der Sicherungsnehmer nur ein beschränktes Recht, also kein Vollrecht erhalten?

Es hat den Anschein, als könnte eine Zweckbeschränkung der Rechtsmacht des Treuhänders dadurch erreicht werden, daß man in dem Treuvertrag eine der treuhänderischen Verfügung beigefügte auflösende Bedingung erblickt. Denn „wenn eine scharfe

Trennung von kausalem Grundgeschäft und abstraktem Verfügungsgeschäft zu unerwünschten praktischen Folgen führt, wenn es also erstrebenswert erscheint, der causa einen unmittelbaren Einfluß auf das abstrakte Verfügungsgeschäft einzuräumen, so ist vielfach gerade die Bedingungskonstruktion geeignet, diese an sich systemfremde Akzessorietät zu ermöglichen" (Siebert a.a.O., S. 215). Eine Übereignung kann — abgesehen von der Übertragung Grundstückseigentums (§ 925 Abs. 2 BGB) — ohne weiteres unter einer auflösenden Bedingung erfolgen (§§ 158 ff. BGB). Als solche auflösende Bedingung käme beim Treuhandgeschäft vor allem die pflichtwidrige Verfügung des Treuhänders, der Gläubigerzugriff, der Fortfall des Treuzweckes sowie Zahlungseinstellung und Konkurs des Treuhänders in Frage (vgl. — auch wegen der Bedeutung des § 26 KO — Schultze, Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 22 f. und Siebert a.a.O., S. 220 ff.).

Es braucht hier aber nicht auf die (umstrittene) Frage eingegangen zu werden, ob bei jedem Treuhandgeschäft der Treuvertrag und die Rechtsübertragung derartig miteinander verbunden sind, daß die vereinbarte Zweckbeschränkung als Bedingung in das Verfügungsgeschäft aufgenommen ist oder doch — gegebenenfalls durch Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) — als aufgenommen angesehen werden kann. Denn gerade bei der hier zu prüfenden Sicherungsübereignung, die ohne Besitzübertragung erfolgt, können auch bei Annahme einer auflösenden Bedingung die zum Nachteil der Gläubiger des Sicherungsgebers auftretenden Schwierigkeiten nicht gelöst werden:

Wenn einem Verfügungsgeschäft eine auflösende Bedingung beigefügt wird, so soll demjenigen, der sich infolge der Verfügung einer Rechtsstellung begibt, im Falle des Eintritts der Bedingung die aufgegebene Rechtsstellung wieder zufallen. Eine solche dem Verfügungsgeschäft beigefügte Bedingung soll also die Erreichung des Treuhandzweckes gewährleisten. Für den Fall, daß diese in Frage gestellt wird, soll deshalb die Berechtigung des Treuhänders aufhören. So ist denn auch die Annahme einer bedingten Übertragung geeignet, den Schuldner in höherem Maße, als es sonst möglich wäre, vor pflichtwidrigen Verfügungen durch den Sicherungsnehmer und bei Zwangsvollstrekkungen durch dessen Gläubiger zu schützen. Der Zugriff auf das Sicherungsgut durch die Gläubiger des Sicherungsgebers kann aber nicht als eine auflösende Bedingung betrachtet werden, die bei der Sicherungsübereignung als in das Verfügungsgeschäft aufgenommen angesehen werden kann. Denn wenn bei einer Sicherungsübereignung die Gläubiger des Sicherungsgebers in das Sicherungsgut vollstrecken, würde das Wegfallen der Rechte des Sicherungseigentümers den Sicherungszweck unmöglich machen, durch Annahme einer entsprechenden auflösenden Bedingung würde also der Treuzweck vereitelt. Der Sicherungszweck erfordert bei dem Zugriff durch die Gläubiger des Sicherungsgebers nicht nur, daß die

Wirkung des Sicherungseigentums nicht endigt, sondern sogar im Gegenteil in erhöhtem Maße das Fortbestehen der Rechte des Sicherungseigentümers.

Die Annahme einer der Übereignung beigefügten auflösenden Bedingung kann also zur Lösung der Frage nach dem Schutze unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers nicht beitragen. Denn sie führt nicht dazu, daß der Sicherungseigentümer nur eine dinglich zweckbeschränkte Rechtsmacht innehat. Vielmehr erhält auch in solchem Falle der Treuhänder an sich das Vollrecht übertragen, nur kann dieses gegebenenfalls — in der Regel, wenn der Treuzweck nicht mehr erfüllt werden kann — an den Sicherungsgeber zurückfallen. Ein Schutz der Gläubiger des Sicherungsgebers kann somit auf diesem Wege nicht erreicht werden.

§ 12.

Die Rechtsprechung und die Mängel in deren Begründung.

Es wurde bereits erwähnt (im Text S. 23 f.), daß die Rechtsprechung grundsätzlich auf dem Standpunkt steht, der Sicherungseigentümer habe unbeschränkte Eigentumsrechte erworben. Denn darauf wird ja die Gültigkeit der Sicherungsübereignung gestützt. Demzufolge wird es als geradezu selbstverständlich angesehen, dem Sicherungseigentümer bei Pfändung des Sicherungsgutes wie jedem Eigentümer ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zuzubilligen. So wird in der Entscheidung RG Bd. 124 S. 73 ausgeführt: „Darüber, daß das durch Sicherungsübereignung erworbene Eigentum (Sicherungseigentum) zu den Rechten gehört, die im Sinne des § 771 ZPO die Veräußerung hindern, besteht kein Zweifel. Die nach Maßgabe des § 930 BGB erfolgte Besitzübertragung begründet volles wirksames Eigentum, an dessen dinglicher Wirksamkeit durch Vereinbarungen der Parteien nicht geändert werden kann. Wenn mit Rücksicht auf solche Abreden davon gesprochen wird, das Eigentum sei bloß fiduziarisches Eigentum, so darf daraus nicht geschlossen werden, daß es mit geringerer dinglicher Kraft begabt sei als anderes Eigentum.“ Ob dem Sicherungseigentum im Interesse des Gläubigerschutzes bei Pfändungen nicht vielleicht doch eine geringere Wirkung zuzusprechen sei, wird nicht erwogen.

Demgegenüber glaubt das Reichsgericht, im Konkurs eine Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers rechtfertigen zu können. Denn im Konkurs des Sicherungsgebers kann nach ständiger Rechtsprechung der Sicherungseigentümer nicht seine Eigentumsrechte geltend machen und Aussonderung des Sicherungsgutes verlangen, sondern er wird dort einem Pfandgläubiger gleichgestellt und auf das mindere Recht, abgesonderte Befriedigung aus dem Sicherungsgut zu verlangen, verwiesen.

Das Reichsgericht weist zur Begründung dieser — wie es selbst betont — ständigen Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen auf das in RG Bd. 24 S. 45 ff. abgedruckte Urteil hin (vgl. RG Bd.

91 S. 15; Bd. 91 S. 280; Bd. 118 S. 209; vgl. auch RG Bd. 124 S. 75 und Bd. 145 S. 118). Gegenstand dieser demnach als grundlegend anzusehenden Entscheidung war die Frage, ob der durch Sicherungsübereignung gesicherte Gläubiger die Konkursquote von seiner vollen Forderung beanspruchen darf oder — in entsprechender Anwendung des § 64 KO — nur von dem Teil seiner Forderung, für den er auf die Sicherung verzichtet oder mit dem er bei Verwertung der Sicherung ausgefallen ist. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 64 KO wurde bejaht, weil die übrigen Gläubiger benachteiligt würden, wenn der Sicherungseigentümer auch insoweit anteilige Befriedigung aus der Masse verlangen könnte, als seine Forderung durch Befriedigung aus dem Sicherungsgut erlischt. In dieser Entscheidung ist also nicht davon die Rede, daß der Sicherungseigentümer kein Aussonderungsrecht, sondern nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Sicherungsgut habe. Das Sicherungseigentum wird jedoch in engem Zusammenhang mit der Forderung betrachtet und — wie ein Pfandrecht — lediglich als das dem Sicherungseigentümer schon im Voraus gegebene Befriedigungsmittel angesehen. Wenn sich nun das Reichsgericht zur Begründung der Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs auf diese Entscheidung beruft, so besagt dies doch, daß es das Sicherungseigentum für die Frage nach dem Aussonderungsrecht des Sicherungsnehmers nicht als eingegenüber der Forderung selbständiges Eigentumsrecht anerkennt. Wenn sich auch immer mehr eine Auflockerung des Eigentumsbegriffes bemerkbar macht und in den heutigen Gesetzen (Reichserbhofgesetz!) das Eigentumsrecht einen vollkommen neuen Inhalt erhalten hat, so ist doch das im BGB verankerte Eigentumsrecht begrifflich von jeglichem Grundgeschäft losgelöst (abstrakt). Da nun durch die Sicherungsübereignung, wie das Reichsgericht selbst betont, auf Grund des § 930 BGB das volle Eigentumsrecht auf den Sicherungsnehmer übergegangen ist, so kann es nur das im BGB geregelte Eigentumsrecht sein. Die Rechtsprechung weist ja zur Begründung des Widerspruchsrechts des Sicherungseigentümers nach § 771 ZPO auch selbst darauf hin, daß aus der treuhänderischen Nebenabrede nicht gefolgert werden kann, das auf den Sicherungsnehmer übertragene Eigentumsrecht habe geringere dingliche Kraft als anderes Eigentum (so RG Bd. 124 S. 73 f.). In diesem Sinne wird im Kommentar von Reichsgerichtsräten (Erl. 6 zu § 930 BGB) ausgeführt: „Dies (die Parteivereinbarungen) darf aber nicht dazu führen, dem Eigentum des Sicherungsnehmers einen anderen Inhalt zu geben als dem des gewöhnlichen Eigentümers. Eigentum ist und bleibt Eigentum im Sinne des § 903 BGB. Auf dem Gebiete des Sachenrechts ist jede Privatwillkür ausgeschlossen, der Inhalt der dinglichen Rechte kann durch Vertrag nicht geändert werden." Folgerichtig müßte das aber auch im Konkurs gelten. Die vorstehende, vom Reichsgericht dafür gegebene Begründung, daß der Sicherungseigentümer im Konkurs nur die Rechte eines Pfandgläu-

bigers geltend machen kann, widerspricht also dem Grundsatz der Geschlossenheit der Sachenrechte.

In anderen Entscheidungen (vgl. RG Bd. 45 S. 86 ff.; RG in JW 1927 S. 706 f.) betont nun das Reichsgericht, die Konkursordnung lasse eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Sicherungseigentums zu, und es will damit sagen, es liege kein Verstoß gegen den numerus clausus der Sachenrechte vor, wenn das Sicherungseigentum im Konkurs einem Pfandrecht gleichgestellt wird. § 43 KO gewähre, so führt das Reichsgericht aus, zwar ein Aussonderungsrecht hinsichtlich der dem Gemeinschuldner nicht „gehörenden" Gegenstände. Es könne aber „nicht behauptet werden, daß dieser Ausdruck notwendig in dem Sinne verstanden werden müßte, als ob das formale Eigentums- oder sonstiges Recht . . . das Entscheidende sein solle." Maßgebend sei nicht, wem die Gegenstände „formell und juristisch" sondern wem sie „materiell und wirtschaftlich" gehören (RG Bd. 45 S. 85). „Vom wirtschaftlichen Standpunkt aus" aber könne der Sicherungsgeber als „Träger" des Sicherungsgutes betrachtet, dieses also als „sachlich dem Sicherungsgeber gehörend" angesehen werden, ohne daß sich an der rechtlichen Stellung des Sicherungseigentümers etwas ändere (RG in JW 1927 S. 707).

Allerdings ist in der Konkursordnung nicht bestimmt, was unter „gehören" zu verstehen ist. Die Ansprüche auf Aussonderung sollen sich vielmehr nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen richten (§ 43 KO). Maßgebend kann danach nur das Gesetz sein, nach dem sich der im Konkurs geltend gemachte Anspruch richten würde, wenn der Gemeinschuldner nicht in Konkurs geraten wäre. Seine Eigentumsrechte müßte der Sicherungsgeber dann nach dem BGB (§§ 985 ff.) geltend machen. Dort wird aber „gehören" als rechtlicher und nicht als wirtschaftlicher Begriff gebraucht, und zwar gleichbedeutend mit „im Eigentum stehen" (vgl. §§ 918 Abs. 2, 921, 932, 933 BGB). Nach § 43 KO soll also das Eigentumsrecht an einer Sache zu deren Aussonderung aus der Konkursmasse berechtigen. Ja der Eigentumsanspruch wird sogar als „Typus" eines Anspruches nach § 43 KO bezeichnet (Jaeger zu § 43 KO Anm. 4).

Aber selbst bei Auslegung des Begriffes „gehören" nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ergibt sich nicht, wie das Reichsgericht meint, daß das Sicherungsgut dem Sicherungsgeber gehört. Ebensogut kann man die gegenteilige Ansicht vertreten. So wird im Kommentar von Stein-Jonas (zu § 771 ZPO Erl. II 1 a) ausgeführt, daß bei der Sicherungsübereignung der Gegenstand „gerade auch wirtschaftlich dem Vermögen des Sicherungsempfängers zugewiesen wird. Der Umstand, daß die Übertragung wirtschaftlich nur Pfandrechtscharakter trägt, mache sie nicht zu einer nur formellen." Auch Jakusiel (S. 38) ist der Ansicht, daß „der Übereignungsempfänger auch wirtschaftlich Eigentümer" ist. Die Sicherungsübereignung nimmt ja auch deshalb eine Sonderstellung unter den Treuhandgeschäften ein, weil bei ihr der Treuhänder, der Sicherungs-

nehmer, in starkem Maße eigennützig tätig ist. Wenn wirklich nur wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß das Sicherungsgut weder dem Sicherungsgeber noch dem Sicherungseigentümer ausschließlich gehört. Denn es soll ja gerade mittels der Sicherungsübereignung ermöglicht werden, eine Sache in zweifacher Beziehung wirtschaftlich zu nutzen: dem Sicherungsnehmer soll deren Wert zur Sicherung seiner Forderung dienen, der Sicherungsgeber aber soll gleichzeitig die mit dem Besitze verbundenen Vorteile, insbesondere die Gebrauchsvorteile genießen. Wirtschaftlich gesehen gehört also das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer, weil und insoweit es ihm zur Sicherung seiner Forderung dient, und dem Sicherungsgeber, weil und insoweit er die Nutzungen aus der Sache zieht. Deshalb geht es nicht an, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entscheiden zu wollen, ob das Sicherungsgut nun dem Sicherungsgeber oder dem Sicherungseigentümer „gehört".

Es war ja auch im Grunde nicht die Auslegung des Begriffes „gehören" im § 43 KO für die Rechtsprechung des Reichsgerichts maßgebend. Vielmehr ist, wie die oben (S. 44 f.) erwähnte, grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts in RG Bd. 24 S. 45 ff. erkennen läßt, das Reichsgericht von dem Bestreben geleitet worden, den Sicherungseigentümer dem wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung entsprechend einem Pfandgläubiger gleichzustellen und so eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers zu vermeiden. In einigen Entscheidungen wird so auch das Sicherungseigentum ganz offen mit einem Pfandrecht verglichen. So führt das Reichsgericht im Recht 1915 Nr. 2588 aus, „daß die Sicherungsübereignung nicht nur wirtschaftlich das Pfandrecht vertritt, sondern ihm auch rechtlich nahesteht" (ebenso RG in JW 1910 S. 29 Ziff. 53 und in LZ 1910 Sp. 157 Ziff. 6; vgl. auch JW 1928 S. 2140).

Schließlich hält das Reichsgericht selbst in einer neueren Entscheidung (RG Bd. 124 S. 73 ff.) an seinen bisher gegebenen Begründungen nicht fest. Es glaubt aber, nun den „letzten Grund" für die Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs gefunden zu haben: „Der letzte Grund für sie liegt nicht in dem Umstand, daß das Sicherungseigentum ein Eigentum minderen Rechts sei und wirtschaftlich einem Pfandrecht gleichstehe, sondern darin, daß der Konkurs zu einer sofortigen Lösung nicht nur des sachenrechtlichen Verhältnisses sondern auch des der Sicherungsübereignung zu Grunde liegenden persönlichen Verhältnisses nötigt" (RG Bd. 24 S. 75). Auch in den neusten Auflagen der Kommentare von Staudinger und von Reichsgerichtsräten werden die vom Reichsgericht früher gegebenen Begründungen für unrichtig oder bedenklich gehalten. Ebenfalls wird hier gleichzeitig die Ansicht vertreten, daß es die Eigenart des Konkurses rechtfertige, den Sicherungseigentümer im Konkurs einem Pfandgläubiger gleichzustellen. Aber auch diese Begründung, die das Reichsgericht nun als endgültig ansieht, ist nicht überzeugend. Denn wenn man davon ausgeht,

daß das Sicherungseigentum als ein von der Forderung unabhängiges Recht besteht — und das will doch auch das Reichsgericht tun —, kann auch unter Berücksichtigung der Eigenart des Konkurses eine Sonderbehandlung dieses Eigentumsrechtes und dessen Gleichstellung mit einem Pfandrecht nicht begründet werden. Die Eigenart des Konkurses würde vielleicht den Konkursverwalter dazu drängen, das Treuhandgeschäft abzuwickeln. Höchstens könnte eine Verpflichtung des aussonderungsberechtigten Sicherungseigentümers hergeleitet werden, das Sicherungsgut alsbald zu verwerten. Jedenfalls müßte der Sicherungseigentümer das Sicherungsgut aussondern und mit dem vollen Forderungsbetrage an der Verteilung teilnehmen können. Nur dürfte er durch Verwertung des Sicherungsgutes und Beteiligung am Konkurs nicht mehr erhalten, als seine Forderung beträgt. Freilich würden die anderen Gläubiger benachteiligt, wenn man so das Sicherungseigentum unabhängig von der Forderung betrachtet. Dies liegt aber nicht an der Eigenart des Konkurses, sondern daran, daß der Sicherungsnehmer auf Grund des Übereignungsvertrages Eigentumsrechte erhalten hat, wo er wirtschaftlich nur ein Pfandrecht erhalten sollte, und daß sich der Sicherungseigentümer bei Vollstreckungen in das Sicherungsgut — also nicht nur im Konkurs — auf seine Rechte als Eigentümer berufen kann. Aus der Eigenart des Konkurses lassen sich also Beschränkungen der Rechte des Sicherungseigentümers nicht herleiten. So hält denn auch das Reichsgericht selbst nicht so, wie man annehmen müßte, an diesem „letzten Grund" fest. Vielmehr bezieht es sich in der späteren Entscheidung RG Bd. 145 S. 188, besonders S. 193, wieder auf die älteren Urteile (auch auf das Urteil in RG Bd. 24 S. 50) und führt aus, zur Sicherung übereignete Gegenstände würden in ständiger Rechtsprechung „materiell und wirtschaftlich als noch zum Vermögen des Übereignenden gehörig angesehen, wie sie denn auch im Falle eines Konkurses dem Erwerber nur ein Absonderungs-, kein Aussonderungsrecht gewähren."

Aus dem Kommentar von Reichsgerichtsräten geht sogar hervor, daß dort — jedenfalls für die Frage der Behandlung des Sicherungseigentums im Konkurs — die zur Sicherung vorgenommene Übereignung nicht, wie vorgegeben, „als abstraktes dingliches Rechtsgeschäft von dem schuldrechtlichen Grundgeschäft unabhängig" angesehen wird. Es wird zwar zunächst behauptet, die Eigenart des Konkurses verlange die Gleichstellung des Sicherungseigentümers mit einem Pfandgläubiger. In der Begründung hierfür heißt es aber, es widerspreche dem Sicherungsübereignungs v e r t r a g, wenn dem Sicherungseigentümer nicht lediglich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zugebilligt würde. Also wird hier doch zugegeben, daß es nach Ansicht des Kommentars von Reichsgerichtsräten nur dann möglich erscheint, dem Sicherungseigentümer das Absonderungsrecht zu versagen, wenn sein Eigentumsrecht nicht unabhängig von der Forderung, sondern zweckgebunden betrachtet, also im Konkurs der „abstrakte" Eigentumsbegriff aufgegeben wird. Also auch aus

der Eigenart des Konkurses läßt sich eine Beschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers auf die eines Pfandgläubigers nicht folgern (so auch Jaeger zu § 47 KO Anm. 13; vgl. auch Kernert S. 28 f.; Hildebrandt S. 73).

Das Ergebnis ist also, daß keine der vom Reichsgericht für die Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs gegebenen Begründungen mit dem gesetzlich festgelegten Eigentumsbegriff vereinbar ist.

§ 13.

Der Standpunkt der Lehrmeinungen und Stellungnahme dazu.

Die nächstliegende Schlußfolgerung aus der Erkenntnis, daß die vom Reichsgericht für die Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs gegebenen Begründungen einen dem BGB unbekannten Eigentumsbegriff voraussetzen, also den Grundsatz der Geschlossenheit der Sachenrechte durchbrechen, ist die, das von der Rechtsprechung entwickelte Ergebnis als unhaltbar zu bezeichnen. Demzufolge müßten dem Sicherungseigentümer bei Pfändungen des Sicherungsgutes wie im Konkurs des Sicherungsgebers dieselben Rechte wie jedem anderen Eigentümer eingeräumt werden. Diese Ansicht wird so auch von v. Tuhr (Bd. II, 2. Teil, S. 201) und in neuerer Zeit von Dorenberg (S. 46 f.) vertreten. Deren Meinung nach kann der Sicherungseigentümer „die übereigneten Gegenstände aussondern, weil sie sein Eigentum sind und ihm damit gehören." Sie glauben also daß unser Eigentumsbegriff eine andere Lösung nicht zuläßt.

Auch die herrschende Lehre ist grundsätzlich der Ansicht, daß sich der Sicherungseigentümer bei Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut auf sein volles Eigentumsrecht berufen kann, eben weil die Übertragung des Vollrechts Voraussetzung der Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist. Insbesondere erscheint es, wie Stein-Jonas (Erl. II a zu § 771 ZPO) ausführt, „nicht möglich, den Sicherungseigentümer auf die Rechte nach § 805 ZPO zu beschränken; denn mit der Sicherungsübereignung ist eben eine, wenn auch dem gleichen wirtschaftlichen Zweck des Pfandrechts dienende, aber doch von ihm wesentlich verschiedene Rechtsform anerkannt . . . So von jeher die allgemein vorherrschende Ansicht" (vgl. auch das bei Stein-Jonas a.a.O. in Anm. 4 angeführte Schrifttum). Wenn also auch aus wirtschaftlichen Gründen gefordert wird, daß die Rechtsmacht des Sicherungseigentümers auf die eines Pfandgläubigers zurückgeschraubt wird, so erscheint doch die „Rechtsform", das Bestehen des Eigentumsrechtes, als unüberwindliches Hindernis (vgl. im Text S. 27 f.).

Im Konkurs des Sicherungsgebers würde dementsprechend dem Sicherungseigentümer nach allgemeiner Ansicht ein Recht auf Aussonderung des Sicherungsgutes aus der Konkursmasse zugebilligt werden müssen, wenn man sich nicht auf das Vorliegen eines Ge-

wohnheitsrechtes berufen könnte, wonach dem Sicherungseigentümer nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht. Daß die zur Bildung eines Gewohnheitsrechtes notwendigen Voraussetzungen, nämlich die erforderliche Rechtsübung und Rechtsvorstellung und der Rechtswert (vgl. im Text S. 9 f.) vorliegen, wird allgemein anerkannt.

Siebert („Treuhandverhältnis" S. 147) ist allerdings der Ansicht, es sei wegen der „noch vorhandenen Unsicherheit und Uneinheitlichkeit der rechtlichen Beurteilung . . . noch nicht derjenige Grad von Einheitlichkeit und Stetigkeit vorhanden, der zu einer gewohnheitsrechtlichen Bildung erforderlich ist." Tatsächlich hat das Reichsgericht, wie dargelegt wurde, seinen Standpunkt nicht immer gleichartig begründet. In keinem Falle sollte aber dadurch die alte Ansicht entkräftet, sondern im Gegenteil gerade gefestigt werden. Und es kommt für die Frage nach dem Vorliegen der Rechtsübung entscheidend darauf an, ob in ständiger Rechtsanwendung an einen bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge geknüpft wird, ob also die Praxis in einer bestimmten Richtung entscheidet. Das ist aber hinsichtlich der Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs der Fall.

Das übrige in erster Linie dafür angegebene Schrifttum, daß eine gewohnheitsrechtliche Bildung nicht angenommen werden könne, ist bereits vor fast zwei Jahrzehnten oder noch früher erschienen (vgl. die Schrifttumsnachweise bei Dorenberg, S. 29, und Kunisch, S. 56). Für die Frage, ob heute ein Gewohnheitsrecht vorliegt, kann es also nicht entscheidend berücksichtigt werden. Denn deren Beantwortung hängt von Zeit und Entwicklung geradezu entscheidend ab. Dies zeigt sich besonders deutlich an den Darlegungen v. Tuhrs, der als Hauptvertreter dieses eine gewohnheitsrechtliche Bildung leugnenden Schrifttums gilt. Er läßt nämlich erkennen, daß er mit der Möglichkeit rechnet, in späterer Zeit ein Gewohnheitsrecht bejahen zu müssen, denn er führt (im Jahre 1918) aus: „Ein Gewohnheitsrecht scheint noch nicht vorzuliegen" (Bd. II, 2. Teil, § 77 Anm. 12, S. 206).

Schließlich hält Siebert (S. 198) den Weg zu einer gewohnheitsrechtlichen Bildung an sich für frei, er glaubt lediglich, diese sei „zur Zeit noch nicht" festzustellen. Sein Widerspruch ist also nicht sehr erheblich, zumal wenn berücksichtigt wird, daß er auf dem Wege der von ihm gegebenen „Billigkeitsbegründung" (Siebert, S. 170) eine dingliche Zweckbeschränkung der Rechte des Treuhänders für zulässig hält. Kunisch (S. 57 oben) würde dann „die Hilfskonstruktion eines Gewohnheitsrechtes" billigen, wenn er nicht auf anderem Wege die Sonderbehandlung des Sicherungseigentums im Konkurs rechtfertigen zu können glaubte. Und auch Dorenberg (S. 19) würde für den Fall, daß sich die Rechtsübung der Gerichte in der Wissenschaft durchsetzt, das Bestehen eines Gewohnheitsrechtes anerkennen. So ist es denn auch herrschende Ansicht, daß das Sicherungseigentum wenigstens im Konkurs des

Sicherungsgebers dem Zweck der Übereignung entsprechend kraft Gewohnheitsrechtes nur als Belastung anzusehen ist und die Wirkungen eines Pfandrechts hat (vgl. Jaeger in ZZP Bd. 54 S. 145; Staudinger, zu § 929 BGB Erl. 32; Schwister in JW 1933 S. 1764 in der Anmerkung zu S. 1762 Ziff. 1 und ebenda S. 1858).

Dieses Gewohnheitsrecht ist auch vom Standpunkt unserer heutigen Weltanschauung (vgl. hierzu im Text S. 9) anzuerkennen. Seine Geltung ist nicht nur mit dem Volkswohl nicht unvereinbar, sondern sie führt ja gerade dazu, daß die Rechte eines Einzelnen (des Sicherungseigentümers) zu Gunsten der anderen beteiligten Rechtsgenossen (der übrigen Gläubiger des Sicherungsgebers) ihrem Zweck entsprechend beschränkt werden, und trägt dazu bei, die Mängel der Sicherungsübereignung zu mindern.

Das Ergebnis ist also folgendes: Nach der herrschenden Meinung kann dem Sicherungseigentümer nicht grundsätzlich die Stellung eines Pfandgläubigers eingeräumt werden, weil dies dem Eigentumsbegriff widersprechen würde. Nur im Konkurs des Sicherungsgebers wird kraft Gewohnheitsrechtes eine Ausnahme zugelassen. Dieses Gewohnheitsrecht hat den Inhalt, daß der Sicherungseigentümer im Konkurs des Sicherungsgebers nur wie ein Pfandgläubiger wegen seiner Forderung vorzugsweise Befriedigung aus dem Sicherungsgut verlangen kann.

In dem Bestreben, dem wirtschaftlichen Bedürfnis nachzukommen, ist versucht worden, dem Sicherungseigentümer auch bei Pfändung des Sicherungsgutes nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zuzubilligen und so das „auf Schleichwegen der Praxis zur Anerkennung gebrachte vertragsmäßige Nichtfaustpfand" (Jaeger in ZZP Bd. 54 S. 145) in jeder Beziehung — also nicht nur im Konkurs — nur als ein wegen einer Forderung bestelltes und von dieser Forderung abhängiges Wertrecht zu behandeln:

Schon Hellwig (in Recht und Wirtschaft 1911 S. 31 ff.) hat die entsprechende Anwendung des § 805 ZPO auf das Sicherungseigentum vorgeschlagen, in dem bestimmt wird, daß einem Pfandgläubiger, der sich nicht im Besitz der Pfandsache befindet, nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung und nicht das Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zusteht (ähnlich Möller in JW 1911 S. 721). Diese Ansicht gewinnt immer mehr Anhänger und wird in neuerer Zeit hauptsächlich in den neusten Auflagen des Kommentars von Baumbach und von O. Schmidt vertreten (vgl. Baumbach zu § 771 ZPO unter Treuhand b; O. Schmidt, S. 87 ff.; das dort angeführte Schrifttum sowie den eingehenden Literaturnachweis bei Siebert, a.a.O., S. 162 f. Anm. 27).

Die für die entsprechende Anwendung des § 805 ZPO gegebenen Begründungen laufen auf die Erwägungen hinaus, daß der Sicherungseigentümer zwar rechtlich Eigentümer des Sicherungsgutes sei, daß er aber aus wirtschaftlichen Gründen

einem Pfandgläubiger gleichgestellt werden müsse. Demgegenüber ist die herrschende Lehre und Rechtsprechung folgender Ansicht: „Wenn auch der Sicherungseigentümer nur ein Interesse an dem Erlös aus dem Sicherungsgut hat, die Widerspruchsklage also — vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen — weiter gehen würde, als sein Interesse reicht, rechtlich ist er Eigentümer. Darin liegt der Unterschied der Sicherungsübereignung gegenüber der Pfandbestellung und dies bildet die Grundlage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung, obwohl das Sicherungsgut bei dem Schuldner verbleibt . . . Der Sicherungsgeber kann die Drittwiderspruchsklage erheben, denn er ist Eigentümer" (so Dorenberg, S. 55; vgl. RG Bd. 124 S. 73 f.; auch RGRKom. zu § 930 BGB Erl. 6). Dem kann insoweit beigetreten werden: Man kann nicht davon ausgehen, daß das Sicherungseigentum rechtlich denselben Inhalt hat wie jedes andere Eigentum und demnach an sich nach § 771 ZPO zur Widerspruchsklage berechtigt, und dennoch § 805 ZPO aus wirtschaftlichen Gründen auf das Sicherungseigentum anwenden. Denn wenn man der (zu widerlegenden) Ansicht ist, daß die Rechtsordnung dem Sicherungseigentümer rechtlich dieselben Rechte wie jedem anderen Eigentümer gewährt und ihm ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO gibt, dann darf man nicht den Standpunkt vertreten, dieses Recht werde durch — aus wirtschaftlichen Gründen gebotene — Anwendung einer anderen Vorschrift beseitigt oder geschmälert. Denn im Wege der Analogie kann das Gesetzesrecht wohl ergänzt, nicht aber geändert werden. Das Widerspruchsrecht kann dem Sicherungseigentümer also nur dann versagt werden, wenn nachgewiesen wird, daß das Sicherungseigentum einen anderen Inhalt hat als anderes Eigentum.

Noch ein zweites Bedenken steht der entsprechenden Anwendung des § 805 ZPO auf das Sicherungseigentum entgegen. Nur ein Dritter, „der sich nicht im Besitz der Sache befindet", wird auf die „mindere Widerspruchsklage" nach § 805 ZPO verwiesen. Der Sicherungseigentümer ist aber mittelbarer Besitzer. Denn die Verschaffung dieses Besitzes ist Voraussetzung für den Eigentumserwerb des Sicherungsnehmers (§ 930 BGB). Daß aber der mittelbare Besitz ausreichen kann, dem Pfandgläubiger ein Widerspruchsrecht nach § 771 ZPO zu gewähren, ist wohl unbestritten (vgl. Stein-Jonas zu § 805 ZPO Erl. I). Auch aus diesem Grunde kann § 805 ZPO auf das Sicherungseigentum nicht ohne weiteres entsprechend angewandt werden (so ausdrücklich Hildebrandt, S. 73). Mit diesen Bedenken haben sich die Vertreter der Gegenmeinung nicht auseinandergesetzt, oder aber sie meinen (Schmidt, S. 88), der Umstand, daß der Sicherungsnehmer mittelbarer Besitzer ist und der Wortlaut des § 805 ZPO daher nicht auf die Sicherungsübereignung paßt, sei ohne Bedeutung.

In der Erkenntnis, daß die bisherigen Bestrebungen, die Rechtsmacht des Sicherungseigentümers im Interesse des Gläubigerschutzes

zu beschränken, an dem feststehenden Eigentumsbegriff scheitern, versucht Max Wolff (in JW 1930 S. 1470 ff.) aus rein verfahrensrechtlichen Gründen, also unabhängig von der materiellen Rechtslage zu einer Lösung zu kommen. Er führt aus, es könne „aus der leeren Hülse des reinen Prozeßrechts kein materiellrechtlicher Inhalt herausspringen". Es habe für den Gesetzgeber kein Anlaß bestanden, die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Widerspruchsklage zu regeln. Denn diese seien aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung ersichtlich. Man müsse von der Erwägung ausgehen, daß das gesamte Vermögen der Zwangsvollstreckung unterworfen sei. Wer dieser Vollstreckung widersprechen wolle, könne dies also nur mit der Begründung, ein bestimmter Gegenstand gehöre nicht zum Vermögen des Vollstreckungsschuldners. Die Vermögenszugehörigkeit sei also „das alleinige materiellrechtliche Kriterium des § 771 ZPO" (so Wolff a.a.O., S. 1472 u. 1475). „Eigentum" und „Vermögenszugehörigkeit" — so legt er weiter dar — decken sich jedoch nicht. Es könne vielmehr einem (rechtlich) das Eigentum an einer Sache zustehen, die Sache aber zu dem Vermögen eines anderen gehören. Daher könne es sich nur aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ergeben, was unter Vermögen zu verstehen sei. Das gelte nicht nur für die Vollstreckung im Wege der Pfändung sondern auch im Konkurs. Das Sicherungsgut gehöre aber wirtschaftlich zum Vermögen des Sicherungsgebers. Deshalb stehe dem Sicherungseigentümer weder bei Pfändungen ein Widerspruchsrecht noch im Konkurs ein Aussonderungsrecht zu.

Es mag richtig sein, daß die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Widerspruchsklage nicht im § 771 ZPO geregelt sind. Ebenso mag § 43 KO nicht besagen, wann ein Aussonderungsrecht vorliegt. Man mag der Ansicht von Wolff auch insoweit zustimmen, daß hinsichtlich derjenigen Gegenstände ein Widerspruchs- oder Aussonderungsrecht besteht, die nicht zum Vermögen des Schuldners gehören. Wann ein Recht aber zum Vermögen des Schuldners gehört, kann nur dem materiellen Recht entnommen werden. Gerade weil die verfahrensrechtlichen Vorschriften darüber nichts enthalten, kann nur der rechtliche Vermögensbegriff maßgebend sein. Hiernach gehören aber jedenfalls Rechte einer Person immer auch zu deren Vermögen. (Insoweit ist der Vermögensbegriff wohl unbestritten. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 124). Es ist ja auch im § 771 ZPO ausdrücklich von einem die Veräußerung hindernden Recht die Rede. Ein (Vermögens-) Recht am Sicherungsgut steht aber nur dem Sicherungseigentümer zu.

Schließlich ist es auch garnicht möglich, die Frage, ob der Sicherungseigentümer ein Widerspruchsrecht hat, lediglich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkt zu entscheiden. Denn auch wirtschaftlich gesehen gehört das Sicherungsgut dem Sicherungsgeber nicht ausschließlich (vgl. hierzu im Text S. 46 f.).

Den vorstehend dargelegten Versuchen, dem Sicherungseigentümer bei Zwangsvollstreckungen in das Sicherungsgut nur ein Recht

auf vorzugsweise oder abgesonderte Befriedigung zu gewähren, stand der gesetzlich festgelegte „abstrakte" Eigentumsbegriff im Wege. Umso bemerkenswerter sind die Ausführungen von Kernert, in denen dieser nachzuweisen sucht, daß der Kreis der Sachenrechte durch Anerkennung der Sicherungsübereignung um ein dingliches Recht erweitert sei, und zwar stelle dieses neue Sachenrecht ein von der zugrundeliegenden Forderung abhängiges Wertrecht dar, dem im Konkurs wie in der Einzelzwangsvollstreckung die Wirkungen eines Pfandrechts beizulegen seien.

Kernert (S. 44 ff., besonders S. 48 ff.) geht davon aus, daß die Konstruktion der Sicherungsübereignung nur ein Notbehelf sei, daß aber deren gewohnheitsrechtliche Bildung feststehe (vgl. dazu im Text S. 4 ff.). Er folgert daraus nun, für den Inhalt der Sicherungsübereignung könne nicht deren rechtliche Konstruktion maßgebend sein, die den Gerichten wie ein Deckmantel zur Begründung des Gewohnheitsrechtes gedient habe. Dieser Inhalt müsse sich vielmehr aus denselben Gesichtspunkten ergeben, die die Bildung des Gewohnheitsrechtes überhaupt rechtfertigten. Maßgebend für den Inhalt des Sicherungseigentums sei also das wirtschaftliche Bedürfnis. Der Sicherungseigentümer müsse somit die Rechtsstellung innehaben, die zur Erfüllung des wirtschaftlichen Bedürfnisses erforderlich sei. Nur ein solches Sicherungseigentum werde im redlichen Verkehr gebraucht. Für den redlichen Verkehr sei aber die Sicherungsübereignung nur ein besitzloses Wertrecht, dessen Ausübung durch Parteivereinbarung geregelt werden könne. Die Ergebnisse und Begründungen der Entscheidungen des Reichsgerichts über die Behandlung des Sicherungseigentums im Konkurs zeigten, daß man die Sicherungsübereignung — jedenfalls im Konkurs — nur als ein wegen der Forderung bestelltes Wertrecht ansehe, denn sie seien mit der bisherigen juristischen Konstruktion der Sicherungsübereignung nicht vereinbar. Es sei an der Zeit, den zur Bildung des Gewohnheitsrechts notwendig gewesenen „Deckmantel einer höchst angreifbaren und unbefriedigenden juristischen Konstruktion" abzuwerfen und offen anzuerkennen, daß sich — auch mit Sonderwirkungen außerhalb des Konkurses — gewohnheitsrechtlich ein neues dingliches Recht, das sog. Sicherungseigentum, gebildet habe. Dieses neue Sachenrecht sei kein Eigentum im Sinne des BGB, sondern ein besitzloses akzessorisches Wertrecht an Fahrnis. Mit dieser aus der konkursrechtlichen Behandlung der Sicherungsübereignung gewonnenen Erkenntnis sei die Grundlage für die Anwendung der für das Pfandrecht geltenden Bestimmungen der Konkursordnung und des § 805 ZPO geschaffen.

Dieses Ergebnis, das Sicherungseigentum nur als ein von der Forderung abhängiges Wertrecht zu behandeln, ist, wie wir sahen, im Interesse des Schutzes unbeteiligter Gläubiger des Sicherungsgebers wünschenswert. Jedoch kann der Beweisführung Kernerts nicht zugestimmt werden:

Kernert beruft sich auf den gewohnheitsrechtlich gebildeten Inhalt des Sicherungseigentums. Seiner Meinung nach ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, daß die Sicherungsübereignung nur als ein wegen einer Forderung bestelltes Wertrecht anzusehen ist. Das Reichsgericht legt dem Sicherungseigentum, wie gezeigt wurde, im Konkurs tatsächlich nur die Wirkungen eines Pfandrechts bei. Man mag ruhig darin trotz des vom Reichsgericht erhobenen Widerspruchs die auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes erfolgte Einführung eines neuen Sachenrechts erblicken (so z. B. Jung, S. 558; Jaeger zu § 43 KO Anm. 13; Staudinger, Vorb. III 1 zu Bd. III 1. Teil). Denn für die Bildung eines Gewohnheitsrechts kommt es auf die vom Reichsgericht gegebenen Begründungen nicht an (vgl. im Text S. 50). Dieses neue dingliche Recht kann jedoch nicht den Inhalt haben, daß das Sicherungsgut auch bei Pfändungen nicht als Eigentum wirke. Denn gerade das Reichsgericht, auf dessen Rechtsprechung sich das Gewohnheitsrecht gründen soll und nur gründen kann, hat immer wieder betont, daß das Sicherungseigentum ganz zweifellos ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO sei wie jedes andere Eigentum (s. RG Bd. 124 S. 73). Und es ist anerkannt, daß sich ein Gewohnheitsrecht nur insoweit bilden kann, als in gleichförmiger längerer Rechtsübung an einen bestimmten Tatbestand eine andere Rechtsfolge geknüpft wird, als es nach geltenden Rechtssätzen der Fall sein müßte. Den Inhalt eines solchen Gewohnheitsrechtes kann man somit dann erkennen, wenn man den Rechtssatz aufstellt, der bestehen müßte, wenn die gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsfolge kraft Gesetzesrechtes einzutreten hätte. Die bei der Sicherungsübereignung nicht nach Gesetzesrecht, sondern nur aufgrund Gewohnheitsrechtes eintretende Rechtsfolge ist die, daß der Sicherungseigentümer im Konkurs des Sicherungsgebers nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung hat — und umgekehrt der Sicherungsgeber im Konkurs des Sicherungsnehmers gegebenenfalls nur ein Aussonderungsrecht. Im Konkurs soll also das Sicherungseigentum nur die Wirkungen eines Pfandrechts haben und nicht die eines Eigentumsrechtes. Wollte man diese Beschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers in einem Rechtssatz ausdrücken, so könnte dieser Rechtssatz inhaltlich nicht mehr besagen, als daß das Sicherungseigentum im Konkurs — aber auch nur im Konkurs! — wie ein Pfandrecht zu behandeln ist. Die für die von Kernert gegebene Begründung notwendige Voraussetzung, daß nämlich das Sicherungseigentum gewohnheitsrechtlich überhaupt, also auch außerhalb des Konkurses nur als ein wegen einer Forderung bestelltes Wertrecht anzusehen ist, ist also nicht gegeben.

Aus den Ausführungen Kernerts selbst geht sogar hervor, daß er nicht — wie er angibt — ein bereits bestehendes Gewohnheitsrecht aufzeigt, daß er vielmehr eine im geltenden Recht noch nicht verwirklichte rechts- und wirtschaftspolitische Forderung aufstellt. Denn in der Äußerung, es sei an der Zeit, den Deckmantel einer

höchst angreifbaren und unbefriedigenden juristischen Konstruktion abzuwerfen, liegt doch das Zugeständnis, daß dieser Deckmantel nach der Ansicht Kernerts nach geltendem Recht, also auch auf Grund Gewohnheitsrechtes noch nicht abgeworfen ist. So kann er sich auch nicht auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht berufen.

§ 14.

Die Ansicht des Reichsfinanzhofes.

Der Reichsfinanzhof hat in seinem Gutachten vom 8. Juni 1926 (RFH Bd. 19 S. 126 ff.) ausgeführt, daß das Sicherungseigentum auf dem Gebiete des Steuerrechts nur als ein Pfandrecht zu bewerten sei. Er geht davon aus, daß nach § 80 Abs. 1 Satz 1 RAO derjenige wie ein Eigentümer im Sinne der Steuergesetze behandelt wird, der eine Sache als ihm gehörig besitzt. Bei Auslegung dieser Bestimmung müsse, so legt der Reichsfinanzhof dar, nach § 4 RAO die wirtschaftliche Vermögenszugehörigkeit von entscheidender Bedeutung sein. Demnach sei steuerrechtlich der Sicherungsgeber, der den Nutzen der übereigneten Sachen genieße, als Eigentümer zu behandeln. Dies habe nicht nur für das Veranlagungsverfahren zu gelten, sondern auch für das Beitreibungsverfahren. Denn wenn die Festsetzung der Steuerschuld gegen den Sicherungsgeber zulässig sei, müsse dem Steuergläubiger auch gegen diesen die Beitreibungsmöglichkeit gesichert werden. Dem Sicherunseigentümer dürfe also kein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 301 RAO zugebilligt werden. Dieser könne aber nach § 319 RAO vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös des Sicherungsgutes verlangen. Denn dem Staat als Steuergläubiger sei nur daran gelegen, dem Mißbrauch vorzubeugen, der darin liege, daß durch die Sicherungsübereignung jede Möglichkeit der Vollstreckung unterbunden werde. Allerdings schließe sich die Wortfassung des § 301 RAO der des § 771 ZPO teilweise an. Auf dem Gebiete des Steuerrechts brauche sich jedoch die Widerspruchsklage nicht nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten zu richten.

Dieses Gutachten des Reichsfinanzhofs ist lebhaftem Widerspruch begegnet (vgl. besonders Liebisch in JW 1928 S. 946 ff. und das dort in Anm. 1 und 4 angeführte Schrifttum sowie RG Bd. 124 S. 73 ff.). Die im Schrifttum wohl überwiegend vertretene Ansicht kommt in den Ausführungen von Liebisch, „Steuerrecht und Privatrecht", S. 126 f. treffend zum Ausdruck. Diese sollen daher wörtlich wiedergegeben werden:

„Die Wirtschaft ... drängt nach einer pfandrechtsartigen Behandlung (sc. der Sicherungsübereignung), sodaß dem Reichsfinanzhof im Ergebnis zugestimmt werden muß. Leider hat er unter dem Einfluß der Loslösungstheorie und damit der Vorstellung, daß ihn das Privatrecht nichts angehe, seine Ansicht mit steuerrechtlichen Rechtssätzen, also mit untauglichen Mitteln zu begründen versucht, statt mit Nachdruck auf die privatrechtliche Problematik des Falles

und das Bedürfnis hinzuweisen, vom Privatrecht aus zu einer veränderten Auffassung über die Rechtsnatur der Sicherungsübereignung zu gelangen. Dann wäre es dem Reichsgericht nicht so leicht geworden, sich über die Ansicht des Reichsfinanzhofes hinwegzusetzen (RG Bd. 124 S. 73 ff.), es wäre schon durch das Ansehen des Reichsfinanzhofes gezwungen gewesen, sich mit dessen dem Privatrecht entnommenen Gründen eingehend auseinanderzusetzen..... Es ist ausgeschlossen, die Wirkung der Sicherungsübereignung gegenüber dem Steuergläubiger anders zu beurteilen, als gegenüber einem Privatgläubiger, eine unterschiedliche Behandlung wird den Aufgaben dieses Instituts nicht gerecht."

Das Gutachten des Reichsfinanzhofs sowie das überwiegende Schrifttum, in dem zu diesem Gutachten — wenn auch ablehnend — Stellung genommen wird, erkennen also ein dahingehendes Bedürfnis an, daß der Sicherungseigentümer in seinen Rechten beschränkt und ihm nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, nicht aber — wie einem anderen Eigentümer — ein Widerspruchsrecht nach § 301 RAO zugebilligt wird. Der Reichsfinanzhof glaubt dies aus besonderen steuerrechtlichen Gründen (§§ 4, 80 I 1 RAO) rechtfertigen zu können. Es geht jedoch nicht an, dem Sicherungseigentum dem Steuergläubiger gegenüber andere Wirkungen beizulegen als anderen Gläubigern gegenüber.

Das in den Ausführungen Liebischs bereits angedeutete Ergebnis ist also: Das Sicherungseigentum kann nur dann als ein nicht die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne der §§ 301 RAO und 771 ZPO angesehen werden, wenn nachgewiesen wird, daß es seinem Inhalt oder wenigstens seinen Wirkungen nach andere Rechte verleiht als (anderes) Eigentum.

2. Kapitel.

Die Schranken der Rechte des Sicherungseigentümers am Treugut nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und der guten Sitten.

Zum Schutze der unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers wurde angestrebt, die Rechtsmacht des Sicherungseigentümers zu beschränken, und zwar ihm bei Vollstreckungen in das Sicherungsgut nur ein Recht auf vorzugsweise oder abgesonderte Befriedigung zuzubilligen. Die bisherigen Versuche scheiterten im Grunde an den Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben, daß die Sicherungsübereignung zu ihrer Gültigkeit die Übertragung vollen Eigentumsrechts voraussetzt, diesem Rechte aber kein anderer als der gesetzlich festgelegte Inhalt gegeben werden kann. Auf Grund ständiger Rechtsprechung und deren Anerkennung in der Wissenschaft ist der Inhalt der Rechte des Sicherungseigentümers allerdings kraft Gewohnheitsrechts insoweit beschränkt worden, als der Sicherungseigentümer im Konkurs einem Pfandgläubiger gleichgestellt ist. Eine dem wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung entsprechende

ähnliche Behandlung des Sicherungseigentums bei Zwangsvollstreckungen im Wege der Pfändung erschien eben wegen des im BGB verankerten „abstrakten" Eigentumsbegriffs nicht möglich.

Ist aber unser geltendes Recht tatsächlich begrifflich so starr, daß eine dem wirtschaftlichen Zweck der Sicherungsübereignung entsprechende und dem Gläubigerschutz Rechnung tragende Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers auf seiner Grundlage nicht möglich ist?

§ 15.

Die Bedeutung dieser Grundsätze, insbesondere die Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung.

Die Frage, welche Schranken den Rechten und ihrer Ausübung zu setzen sind, wird im Schrifttum durchweg im Anschluß an die Bestimmung des § 226 BGB behandelt. Es ist dies die einzige Bestimmung des BGB, in der ausdrücklich von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung gesprochen wird, ja es wurde sogar ihretwegen die Überschrift des 6. Abschnittes des Allgemeinen Teils erweitert, indem die Worte „Ausübung der Rechte" vorangestellt wurden.

Die Fassung des § 226 BGB ist kennzeichnend für die unserer heutigen Weltanschauung geradezu entgegengesetzte Betrachtungsweise der Befugnisse eines Rechtsinhabers: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen." Würde die dem Einzelnen verliehene Rechtsmacht nur als Mittel zur Durchführung der Lebensaufgabe einer Gemeinschaft angesehen, enthielte diese Vorschrift einen Widerspruch in sich. Denn dann könnte die Betätigung, die den Interessen der Gemeinschaft widerspricht, keine Rechtsinhaltsverwirklichung mehr sein. Es läge also keine Rechtsausübung mehr vor, sondern ein unrichtiges Verhalten, ein Handeln ohne Recht. Der Satz „qui suo iure utitur, neminem laedit" würde dann eine Selbstverständlichkeit ausdrücken, denn ius hätte nur einen durch den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken gebundenen Inhalt.

Die Bestimmung des § 226 BGB hätte aber dann einen Sinn, wenn die Rechtsmacht des Einzelnen als dessen „zum Selbstzweck erhobenes Belieben" (Larenz, „Rechtsperson", S. 232) betrachtet würde. Denn dann müßte dem Einzelnen grundsätzlich zugebilligt werden, seine Rechtsmacht bis an die äußerste Grenze ihres Inhalts auszunutzen. Bei Ausübung eines derartig aufgefaßten subjektiven Rechtes würde es als unerheblich angesehen werden, zu welchem Zweck die Ausübung geschieht. Auch ein Handeln ohne, ja gegen jedes vernünftige Interesse, müßte für zulässig gehalten werden, wenn es nur „Rechtsausübung" wäre. Man würde so zu einer Gegenüberstellung und damit zu einer Trennung von Recht und Pflicht gelangen. Eine Beschränkung von Rechten würde eine ganz besonders zu rechtfertigende Ausnahme darstellen, die nur notwendig wäre, um das sonst unvermeidliche bellum omnium contra omnes

zu vermeiden (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 656 f.; Lange auf dem Deutschen Juristentag 1933, Vortragssammlung von Schraut S. 182).

Die Regelung des § 226 BGB ist somit weit davon entfernt, die Grenzen der Rechtsausübung nach dem Gemeinschaftsinteresse festzulegen. Es ist aber eine Forderung, die an das Recht gestellt werden muß, daß jedes subjektive Recht verpflichtet. Denn „die dem subjektiven Recht eigenartige Willensherrschaft ist eine Pflichtmacht, d. h. ihre Ausübung wird dort zur unerlaubten Ausnutzung einer Scheinstellung, wo sie in unsozialer Weise gemißbraucht wird" (Dölle, a.a.O.). Das Wesen des Rechtsmißbrauchs und die im BGB enthaltenen Blankettformeln und Blankobegriffe lassen, wie in Anlehnung an die von Siebert eingehend begründete Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung gezeigt werden soll, schon im geltenden Recht eine auf dem Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken beruhende Beschränkung der Rechte zu.

Wie verhalten sich zunächst überhaupt die Sätze über den Inhalt des Rechts zu denen über die Ausübung und deren Schranken?

Es treten sich hier zwei grundsätzlich verschiedenen Auffassungen gegenüber. Nach der einen Auffassung berühren die Rechtssätze, die die Ausübung eines Rechtes beschränken, den Inhalt des beschränkten Rechtes nicht. Sie enthalten danach nur ein Verbot an den Inhaber einer Rechtsmacht, von dieser ihm an sich zustehenden Macht Gebrauch zu machen. Grundlage dieses Verbotes ist nach dieser sog. Lehre der äußeren Rechtsbeschränkung also ein die Rechtsausübung einschränkender Rechtssatz, dessen Bestehen als unabhängig von den Rechtssätzen angenommen wird, die das eingeschränkte Recht begründen. Diese Lehre wurde noch von Oppenheimer (S. 98) als die herrschende Lehre angesehen. Ihr gegenüber steht die Lehre von der inneren Rechtsbeschränkung, nach der durch die Schranken der Rechtsausübung der Rechtsinhalt als solcher beschränkt, d. h. das Recht in seinem Inhalt betroffen wird. Diese muß als die heute vorherrschende Ansicht bezeichnet werden:

Schon Endemann (I, § 84 a) hält es für undenkbar, daß ein und dieselbe Rechtsordnung in dem einen Rechtssatz ein Recht unbeschränkt zuspricht und in einem anderen Rechtssatz dessen Ausübung für unzulässig erklärt. Er führt aus, es führe zu einem unentwirrbaren Kreislauf, wenn eine Betätigung gleichzeitig Rechtsinhaltsverwirklichung und doch unzulässige Rechtsausübung sein soll. Ausübungsschranken seien demnach nicht äußere Beschränkungen, sondern Inhaltsschranken.

Siebert („Verwirkung", S. 88 f.) weist darauf hin, daß die Vertreter der Lehre der äußeren Rechtsbeschränkung im Grunde nur ein Bedenken gegen den Satz: „Ausübungsschranke = Inhaltsschranke" geltend machen. Sie gehen davon aus, daß ein Handeln

auf Grund eines Rechts nach den Umständen des einen Falles zulässige und den eines anderen Falles unzulässige Rechtsausübung sein kann. Sie betonen, daß die Rechtsausübung, sobald sie wieder einen schutzwürdigen Zweck hat, auch wieder zulässig sein muß, und glauben daraus schließen zu können, daß der Inhalt des Rechts durch die Ausübungsschranke unberührt geblieben sei. Eine solche Folgerung ist aber nicht zwingend. Es ist durchaus denkbar, daß der Inhalt der Rechte durch Gesetz in der Weise beschränkt wird, daß es von den Umständen des Einzelfalles abhängen soll, ob eine Handlung noch Rechtsinhaltsverwirklichung ist oder nicht (vgl. Hager, S. 108).

Die Vorstellung, daß die Rechtsausübungsschranken Rechtsinhaltsschranken sind, entspricht schließlich unserer heutigen Auffassung vom Wesen der dem Einzelnen verliehenen Rechtsmacht:

Das Recht ist die Lebensform der Gemeinschaft, deren wirkliche Daseinsordnung. Es ist „als Form, die ‚lebend sich entwickelt', unabtrennbar von dem Leben der Gemeinschaft, ja es ist dieses Leben selbst in seiner Form und Ordnung, es ist ein ‚Moment' dieses Lebens, das nicht von ihm hinweggedacht werden kann, weil es Leben ohne Form, Richtung und Gestalt nicht geben kann." (Larenz, S. 240). So dürfen denn auch die Befugnisse des Einzelnen nicht als Mittel zur Befriedigung von Bedürfnissen nur dieses Einzelnen betrachtet werden, sondern sie sind, weil sie dem Einzelnen im Interesse des Volksganzen verliehen sind, für den Einzelnen im Grunde nur Mittel zur Erfüllung seiner Pflicht gegenüber der Gemeinschaft (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 656). Damit kommen wir zu der Erkenntnis, daß die Rechtsmacht des Einzelnen ihren Inhalt nicht allein aus sich selbst oder nur auf Grund von Parteivereinbarungen erhält, sondern ebenso aus der Ordnung des Volksganzen. Jede Berechtigung muß somit mit den Interessen der Gemeinschaft vereinbar sein. Sie darf nur im Einklang mit den Anforderungen der Gemeinschaft ausgeübt werden. Es gibt also keine schrankenlosen subjektiven Rechte, sondern jedes Recht trägt die Pflicht zur gemeinschaftsmäßigen Ausübung als ihm innewohnende Grenze in sich. „Das subjektive Recht hört im nationalsozialistischen Gemeinwesen auf, ein egoistisches Recht zu sein, das man bis an die äußerste Grenze seines Inhaltes ausnutzen kann, es wird nur noch als Sozialrecht aufgefaßt werden dürfen und wird daher die Schranken seiner Ausübung am Gemeinschaftsinteresse finden müssen. Das, was bisher von nur einigen subjektiven Rechten gelehrt worden ist, nämlich daß sie, weil im Interesse anderer Personen verliehen, im Grunde nur Mittel zur Pflichterfüllung seien, zum Beispiel die Befugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt, des Vormunds und anderer, wird nunmehr für alle subjektiven Rechte zu gelten haben" (Dölle, a.a.O.). „Was vom individualistischen Standpunkt aus wesensfeindliche Beschränkung des Rechtsinhabers darstellte, wird also vom Ge-

meinschaftsgedanken her wesensnotwendige Gestaltung des Rechtsinhalts. Damit ist das bisherige ‚subjektive Recht' überwunden; an seine Stelle tritt im Recht der Volksgemeinschaft die volksgenössische Berechtigung!" (Siebert, „Rechtsmißbrauch", S. 201; vgl. etwa auch Merk, S. 50; Lange, „Liberalismus", S. 21 ff.).

Die Bestimmungen, die einer Rechtsausübung Schranken ziehen, beschränken also den Inhalt des Rechts. Erst wenn man die Schranken eines Rechts und die sich für den Rechtsinhaber ergebenden Pflichten als zum Inhalt und Wesen des Rechts gehörig betrachtet, kann der Gedanke der Gemeinschaft und des Gemeinnutzes zur Gestaltung gebracht werden. Nur dann kann jede Rechtsmacht des Einzelnen im Grunde nur als Pflichterfüllung angesehen werden. Die Gestaltung des vom Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken getragenen Rechtsinhaltes muß aber „bei wirklich lebensvoller Erfassung der Gemeinschaft immer eine konkret bezogene Gestaltung sein" (Siebert, „Rechtsmißbrauch", S. 202). Damit kommt man zur „Anerkennung einer Relativität der Rechte im Sinne einer Relativität des Rechtsinhalts. In solcher Relativität des Rechtsinhalts liegt die Eigenart der sogen. Ausübungsschranken" (Siebert, „Verwirkung", S. 89; vgl. auch Hein in Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1937 S. 206 ff.)

Würde man den „Schikaneparagraphen", den § 226 BGB, als einzige Rechtsausübungsschranke ansehen, könnte der Gedanke der Gemeinschaft und des Gemeinnutzes in unserem „bürgerlichen" Recht nicht verwirklicht werden. Denn dann würde das Handeln auf Grund einer Rechtsmacht selbst bei völlig nutzloser Schädigung Dritter zulässig sein, wenn der Handelnde auch ein eigenes Interesse verfolgt. Diese Bestimmung kann also nicht zum Ziele führen, da nach ihr das Handeln des Einzelnen nur mangels des eigenen Interesses, nicht aber wegen ungenügender Berücksichtigung fremder Interessen unzulässig ist. Die Rechtssätze, die die Befugnisse des Einzelnen nach fremden Interessen bestimmen, sind also von besonderer Bedeutung. Es sind dies vor allem die Vorschriften, die von den Grundsätzen von Treu und Glauben und den der guten Sitten beherrscht werden, und zwar insbesondere die §§ 242, 826 BGB.

Daß § 242 BGB eine die Geltendmachung von Ansprüchen beschränkende Norm ist, ist grundsätzlich allgemein anerkannt. (Auf die Frage, ob es berechtigt ist, dabei den Begriff der exceptio doli [generalis] zu verwenden, braucht als eine rein terminologische Streitfrage nicht eingegangen werden.) Es genügt hier die Feststellung, daß — jedenfalls im Ergebnis — Folgendes nahezu unbestritten ist: Die Bestimmung des § 242 BGB stellt durch die Vorschrift, daß Verpflichtungen so zu erfüllen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, Grenzen auf für die Ausübung von Forderungsrechten. Sie verlangt von allen an dem Rechtsverhältnis beteiligten Personen ein bestimmtes Verhalten und verbietet, daß mit formell oder scheinbar gegebenen Rechts-

ansprüchen Mißbrauch getrieben wird. Durch § 242 BGB kann der Inhalt einer Leistungspflicht und dementsprechend eines Forderungsrechtes begrenzt werden (Siebert, „Verwirkung", S. 58; Staudinger, I, II u. IV. zu § 242 BGB; RGRKom. Erl. 1 zu § 242 BGB). Durch den Hinweis auf Treu und Glauben verlangt § 242 BGB die Anwendung eines sozialethischen Maßstabes und macht gleichzeitig diese Wertung zu einer rechtlichen, die unmittelbar für den Leistungsinhalt maßgebend sein soll. „So kann man den § 242 BGB als einen ‚allgemeinen dauernden Transformator' von richtigem Recht als Idee in richtiges Recht als positives Recht bezeichnen" (Siebert, „Verwirkung", S. 91). Hier hat der Gesetzgeber den rechtsverwaltenden Organen die Aufgabe zugewiesen, das zu finden, „was der Rechtsidee gemäß ist" (Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 657). Es handelt also, wo § 242 BGB angewandt werden kann, der ohne Recht, der bei seinem Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt, d. h. nur die Handlungen, die sich in den Grenzen von Treu und Glauben halten, sind Rechtsinhaltsverwirklichung.

Dem Wortlaut des § 242 BGB nach setzt die Anwendung von Treu und Glauben immer eine Sonderbeziehung zwischen einzelnen an einem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtsgenossen voraus. Mit einer Abwägung lediglich der beteiligten Individualinteressen ist aber dem Zwecke des Rechtes, vor allem dem Gemeinschaftsgedanken als Grundlage des Rechtslebens nicht genügt. Durch den Hinweis auf die Verkehrssitte hat das BGB dies „schüchtern" zum Ausdruck gebracht. Siebert (a.a.O., S. 118) glaubt nun, das zweiseitige Rechtsverhältnis durch einen Ausbau und eine stärkere Betonung des vom BGB ausgesprochenen Hinweises auf die Verkehrssitte mit dem Gemeinschaftsgedanken durchdringen zu können. Die Berücksichtigung des Gemeinwohls verlangt jedoch nicht so sehr die im § 242 BGB geforderte Rücksichtnahme auf die Verkehrssitte als vielmehr auf unsere Rechtsanschauung überhaupt. Schon durch eine unserer Rechtsauffassung entsprechende Betrachtungsweise der Normen des BGB können, wie Dölle (a.a.O., S. 651 ff.) nachweist, die Interessen der Allgemeinheit zur Geltung gebracht werden. Denn „auch das bürgerliche Recht darf nur noch als ein Regelgebiet betrachtet werden, das seinen Maßstab allein aus dem Wohl der Gesamtheit gewinnt; daher muß auch der Ausgangspunkt nicht mehr sein: die Interessenlage zwischen den einzelnen Beteiligten, sondern das Verhältnis, in dem die zu gewinnende Lösung der Streitfrage zu den Interessen unseres Volkstums steht. Man könnte dies vielleicht auch so formulieren, daß künftig an jeder bürgerlich-rechtlichen Beziehung nicht nur die (beiden) ohnehin gegebenen Privatsubjekte als beteiligt zu denken sind, sondern stets auch ein „Dritter" unmittelbar beteiligt ist: der Staat als Repräsentant des Gemeinnutzes, und zwar so, daß seine Beteiligung die für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses entscheidende ist ... Die öffentlich-rechtliche

Anschauungsweise, der die unmittelbare Beteiligung der öffentlichen Interessen und ihre primäre Berücksichtigung selbstverständlich ist, muß die Behandlungsweise in unserem Rechtsdenken überhaupt werden." (Dölle, a.a.O., S. 651 f.). Die Gemeinschaft ist eben Ausgangs- und Endpunkt, Entstehungsursache und Ziel, Wesensgrundlage und Kraftquelle für den Einzelnen und sein Recht. So können die Rechtsverhältnisse zwischen Einzelnen nicht völlig isoliert, von der Gemeinschaft losgelöst, betrachtet werden, — zumal wenn sie auch Unbeteiligten gegenüber wirken. Schon unsere heutige Betrachtungsweise des Privatrechts läßt also eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses auch bei den Schuldverhältnissen zu. Es braucht hier nicht untersucht zu werden, ob deshalb eine Lockerung der Bindung an das gesetzte Recht zu erfolgen hat (vgl. darüber Dölle, a.a.O. S. 635 und inDJZ 1934 Sp. 1017 f.). Denn unser heutiges Rechtsdenken ist dort unmittelbar zur Geltung zu bringen, wo bestimmt werden soll, was Treu und Glauben, der Begriff der guten Sitten und die anderen Generalklauseln bedeuten. „Überall, wo diese Maßstäbe anzulegen sind, werden sie nunmehr soziale Maßstäbe sein, wird zum Beispiel das Verhalten des Schuldners oder Gläubigers nicht mehr unter dem Gesichtspunkt geprüft werden müssen, ob es gegenüber dem Gegner dem Anstandsgefühl entspricht, sondern vor allem, ob es mit dem Postulat der Gemeinschaft nach dem öffentlichen Wohl in Einklang zu setzen ist" (Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 657).

Das Ergebnis ist also: Es handelt, wo immer auch § 242 BGB angewandt werden kann, der ohne Recht, der bei seinem Verhalten gegen Treu und Glauben verstößt. Bei der Bestimmung der Grenze von Treu und Glauben ist eine Berücksichtigung des Allgemeininteresses — also auch der Interessen am Rechtsverhältnis Unbeteiligter — möglich und erforderlich.

Dabei soll noch besonders hervorgehoben werden, daß zwar die einzelnen in Betracht kommenden Interessen gegeneinander abzuwägen sind, daß aber für die Gestaltung des Rechtsinhalts und damit für die Bestimmung und Anwendung des Rechtsmißbrauchsgedankens nicht von dem einzelnen Interesse, der einzelnen Berechtigung, auszugehen ist, sondern von der Rechtsstellung des Einzelnen als einem Verhältnis des Gemeinschaftsrechts. Würde lediglich eine Abwägung und damit eine Gegenüberstellung von Interessen vorgenommen, käme man von der Vorstellung nicht los, daß nicht der Gemeinschafts- und Pflichtgedanke, sondern das einzelne Interesse den Ausgangspunkt bildet. So findet denn „alle Verfügungsmacht, die den einzelnen Volksgenossen überlassen ist, ihre Grenze einmal an dem Sinn des betreffenden Rechtsverhältnisses als eines Verhältnisses unter Volksgenossen, die einander gemäß Treu und

Glauben zu handeln verpflichtet sind, und sodann an dem übergeordneten Interesse der Gemeinschaft, die jede von ihr gewährte Verfügungsmacht zurücknehmen kann, wo das erforderlich ist" (Larenz, S. 259; vgl. auch Dölle, a.a.O. S. 651 f., 650 ff. und Siebert im NS-Handbuch S. 958 ff.).

Auch § 826 BGB, der zwar seinem Wortlaut nach eine Bestimmung des Schadensersatzrechts ist, enthält seinem sachlichen Inhalt nach eine Schranke der Rechtsausübung (vgl. zum folgenden Siebert, „Verwirkung", S. 92 ff. und das dort besonders in Anm. 29 und 32 angeführte Schrifttum). Meist wird sogar ohne Bedenken angenommen, daß die gegen § 826 BGB verstoßende Rechtsausübung in Wahrheit ein Handeln ohne Recht darstellt (vgl. für die Ausübung des Eigentumsrechts Hedemann, Sachenrecht, S. 76). Sonst käme man auch zu einer ganz unbilligen Begrenzung der Rechtsausübungsschranken. Sogar aus der Entstehungsgeschichte geht hervor, daß § 826 BGB ganz allgemein eine Rechtsausübungsschranke enthält. Die ursprünglich vorgesehene Einschränkung, daß § 826 BGB nur für solche Handlungen gelten sollte, die nicht in Ausübung eines besonderen Rechts erfolgten, wurde von der Reichstagskommission gestrichen, weil „es nicht gebilligt werden kann, wenn jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechts (!), einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt" (Reichstagskommissionsbericht S. 99; Siebert, a.a.O. S. 94).

Für die Frage, welcher Tatbestand erfüllt sein muß, damit eine nach § 826 BGB unzulässige Rechtsausübung angenommen werden kann, haben alle die Tatbestandsmerkmale auszuscheiden, die ihrem Wesen nach ihre Bedeutung dem § 826 BGB in seiner Eigenschaft als Bestimmung des Schadenersatzrechts verdanken. Es braucht deshalb hierfür weder eine objektive Schadenszufügung noch eine vorsätzliche Handlung vorzuliegen. Denn um eine Begrenzung des Inhalts der Rechte zu bewirken, muß der Verstoß gegen die guten Sitten ausreichen. Schadenseintritt und Verschulden sind nur zur Begründung einer Ersatzpflicht erforderlich. Es kann unser Recht nicht „so rein begrifflich-logisch, so ohne rechtsethischen Gehalt sein, daß eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung Ausübung eines Rechts sein könnte. Eine solche Auffassung würde jedem wahrhaft deutschen Rechtsdenken widersprechen, denn gerade im deutschen Recht ist schon immer der Gedanke der ethischen Durchdringung und Vervollkommnung des Rechts lebendige Wirklichkeit gewesen" (Siebert, a.a.O. S. 111). Überhaupt wird, da das subjektive Recht, wie gezeigt wurde, eine Pflichtmacht ist, die Ausübung einer Rechtsmacht überall „dort zur unerlaubten Ausnutzung einer Scheinstellung, wo sie in unsozialer Weise gemißbraucht wird" (Dölle, a.a.O. S. 656). Daß aber ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln immer auch unsozial ist, kann keinem Zweifel unterliegen.

Das Ergebnis ist: Jeder Rechtsausübung sind durch den Grundsatz der guten Sitten Sranken gesetzt. Ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln kann somit keine Rechtsinhaltsverwirklichung sein. Es handelt also der ohne Recht, der bei seinem Verhalten gegen die guten Sitten verstößt.

§ 16.

Die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auf das Sicherungseigentum.

§ 242 BGB bezieht sich seinem Wortlaut und seiner Stellung im Gesetz nach nur auf schuldrechtliche Ansprüche. Die Rechte des Sicherungseigentümers können jedoch nur dann den auf Grund des § 242 BGB gezogenen Schranken der Rechtsausübung unterworfen werden, wenn diese Bestimmung auch auf dem Gebiete des Sachenrechts angewandt werden kann.

Nach § 242 BGB sollen die Rechte der an einem Schuldverhältnis Beteiligten ihrem ganzen Inhalt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unterstellt und so, wie gezeigt wurde, eine gerechte Abwägung der Interessen der beteiligten Rechtsgenossen unter Begrenzung von deren Rechtsmacht durch das übergeordnete Interesse der Gemeinschaft ermöglicht werden. Insbesondere soll durch § 242 BGB nicht nur der Inhalt vertraglicher Schuldverhältnisse, sondern aller Schuldverhältnisse bestimmt werden, gleichviel, welcher Art von Tatbeständen sie ihre Entstehung verdanken (Dölle, „Eigentumsanspruch", S. 25). Diese Vorschrift wäre demnach dann im Sachenrecht anwendbar, wenn dieses nicht lediglich Beziehungen zwischen einer Person und einer Sache, sondern auch Rechtsbeziehungen, und zwar Schuldverhältnisse, zwischen Personen zum Gegenstand hat. Denn sonst könnte von einer Interessenabwägung zwischen mehreren Beteiligten keine Rede sein. Die dinglichen Rechte sind nun allerdings mehr oder weniger starke Herrschaftsrechte einer Person über eine Sache. Darin erschöpfen sie sich aber nicht. Vielmehr sollen sie dieses Herrschaftsrecht auch zur Geltung bringen. Deshalb lösen sie gegen jeden Störer des Rechtes einen Anspruch aus. Dieser sachenrechtliche Anspruch, der aus dem dinglichen Recht entspringt, richtet sich also immer gegen einen bestimmten Anspruchsgegner. Hierin gleicht er dem schuldrechtlichen Anspruch. Bei beiden Ansprüchen stehen sich einzelne Personen gegenüber, nur der Entstehungsgrund dieser persönlichen Beziehungen ist verschieden. „Auch unsere sogen. ‚dinglichen' Einzelansprüche sind also relative, inhaltlich von den schuldrechtlichen Ansprüchen nicht verschiedene Rechte, auf welche die Normen über Ansprüche aus Schuldverhältnissen im allgemeinen auch Anwendung finden" (Dölle in Gruch. Beitr. Bd. 68 S. 505). Nur dann ist die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche nicht möglich, wenn sich aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruchs eine Abweichung ergibt

(Dölle, „Eigentumsanspruch", S. 25 ff.; vgl. auch Stutz, S. 84 ff.). Bei dinglichen Ansprüchen können demnach die Interessen der Beteiligten ebenso auseinanderfallen, wie es bei schuldrechtlichen Ansprüchen der Fall ist, und deshalb muß auch hier die durch § 242 BGB ermöglichte Abwägung der Interessen und deren Ausrichtung nach dem Allgemeininteresse möglich sein. Demgemäß wird auch im vorherrschenden Schrifttum die Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 242 BGB auf sachenrechtliche Ansprüche bejaht (vgl. außer den Genannten bereits Hager, S. 142 f.; s. auch Staudinger, Erl. IV zu § 242 BGB; neustens H. Lehmann in JW 1936 S. 2193).

Auch in der Rechtsprechung ist dieses Ergebnis anerkannt. Zwar hat es das Reichsgericht wiederholt als „nicht unbedenklich" und „zumindesten nicht unbestritten" bezeichnet, außervertragliche Ansprüche nach Treu und Glauben zu behandeln (vgl. RG Bd. 92 S. 11, Bd. 93 S. 243, in JW 1931 S. 3434 ff., 3439). Andererseits ist das Reichsgericht aber auch der Meinung, daß jedenfalls das gesamte Privatrecht von den Grundsätzen von Treu und Glauben beherrscht sei und die Bestimmungen der §§ 157 und 242 BGB (ebenso wie die des § 826 BGB) nur Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens seien. (Vgl. RG Bd. 85 S. 117, Bd. 107 S. 363, Bd. 135 S. 376; ferner für das Gebiet des Handelsrechts RG in JW 1932 S. 1647). In der Entscheidung vom 19. September 1934 (abgedruckt in JW 1934 S. 3054 Ziff. 3) hat schließlich des Reichsgericht die entsprechende Anwendbarkeit des § 242 BGB auf dem Gebiete des Sachenrechts ausdrücklich bejaht, denn es hat den auf § 242 BGB gestützten „Einwand unzulässiger Rechtsausübung" gegenüber dem Grundbuchberichtigungsanspruch zugelassen. (Vgl. für den Eigentumsanspruch auch LG Berlin in JW 1932 S. 2186).

§ 242 BGB kann also auf Ansprüche, die aus dinglichen Rechten fließen, angewandt werden. Auch diese Ansprüche unterliegen somit den durch Treu und Glauben gezogenen Rechtsschranken. Für das Sicherungseigentum bedeutet dies: die Ausübung der Rechte des Sicherungseigentümers ist unzulässig (ein Handeln ohne Recht), wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt.

Die durch die guten Sitten gezogene Schranke der Rechtsausübung bezieht sich ohne weiteres auf alle Rechte, die sich aus dem BGB ergeben, ja darüber hinaus auf das gesamte Gebiet des Privatrechts und wohl auch des öffentlichen Rechts. Denn wenn man im § 826 BGB eine Rechtsausübungsschranke erblickt, dann erscheint es geradezu als selbstverständlich, daß ein so allgemeiner Rechtsgedanke auch eine umfassende Geltung hat (vgl. im Text S. 64 f.). Es kann also ohne weiteres gesagt werden: die Ausübung der Rechte des Sicherungseigentümers ist unzulässig (ein Handeln ohne Recht), wenn sie gegen die guten Sitten verstößt.

3. Kapitel.

Die Wirkungen der dem Sicherungseigentümer bei Ausübung seiner Rechte gezogenen Schranken.

Es wurde dargelegt, daß die Rechtsmacht des Sicherungseigentümers durch die Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten beschränkt ist und daß eine gegen diese Grundsätze verstoßende Geltendmachung des Sicherungseigentums unzulässig, ein Handeln ohne Recht ist. Die folgende Untersuchung soll sich nun darauf erstrecken, inwieweit infolge dieser Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers eine Beseitigung der dargelegten Hauptmängel der Sicherungsübereignung (vgl. im Text S. 11 f.) möglich ist.

§ 17.

Der Zwang zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung als Wirkung dieser Beschränkung?

Herting („Die Kredittäuschung" S. 50 ff., 62 f.) versucht nachzuweisen, daß der Sicherungseigentümer auf Grund der nach Treu und Glauben und den guten Sitten gezogenen Schranken der Rechtsausübung mittelbar zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung gezwungen werden kann. In seiner Arbeit beschränkt sich Herting übrigens auf die Prüfung der Frage, ob die in der mangelnden Erkennbarkeit der Sicherungsübereignung liegenden Gefahren beseitigt werden können. Er behandelt also, worauf er selbst ausdrücklich hinweist (S. 5), nicht die Wirkungen der Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs.

Herting führt aus, ein Sicherungsnehmer dürfe sich nach Treu und Glauben nur kleinere Teile des schuldnerischen Vermögens ohne Kenntlichmachung zur Sicherung übereignen lassen. Sowie die Sicherungsübereignungsverträge einen größeren Umfang einnähmen, werde die Grenze erreicht, von der ab die Geltendmachung des Sicherungseigentums den Drittgläubigern gegenüber gegen Treu und Glauben verstoße. Wo jeweils die Grenze zwischen der zulässigen und der gegen Treu und Glauben verstoßenden Geltendmachung zu ziehen sei, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Grundsätzlich könne jedoch gesagt werden, daß sich der Sicherungseigentümer nur dann auf sein Eigentumsrecht berufen dürfe, wenn es sich auf nicht mehr als ein Drittel, höchstens aber die Hälfte des Vermögens des Schuldners beziehe. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege nur den Drittgläubigern gegenüber vor, die nach sorgfältiger Prüfung der Verhältnisse des Schuldners die Überzeugung von dessen Kreditwürdigkeit erlangt hätten.

Aus der „Gefährlichkeit" des Sicherungseigentums für dritte Gläubiger folgert Herting (S. 64) sodann, der Sicherungseigentümer

sei verpflichtet, sein Eigentum in für Dritte erkennbarer Weise kenntlich zu machen, soweit ihm nicht nur unwesentliche Teile des Vermögens des Schuldners übereignet seien. Der Sicherungseigentümer, der diese Rechtspflicht verletzte, handle wenigstens fahrlässig, also immer schuldhaft, da er die den Dritten drohenden Nachteile hätte kennen müssen. Eine schuldhafte Verletzung dieser Pflicht löse gegebenenfalls eine Schadensersatzpflicht aus.

Der Vorschlag Hertings geht dahin (S. 68), die Sicherungseigentümer dadurch zur Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung(-sverträge) zu zwingen, daß ihnen ihre Rechte bei umfangreichen, nach außen nicht erkennbaren Sicherungsübereignungen aberkannt werden. Als Mittel zur Kenntlichmachung empfiehlt er, die übereigneten Sachen gesonders zu lagern oder durch Aufschriften und besondere Plakate als Eigentum der Sicherungsgläubiger zu bezeichnen. Außerdem soll dem Sicherungseigentümer zur Pflicht gemacht werden, darauf zu dringen, daß der Schuldner das Sicherungsgut in seinen Geschäftsbüchern und in der Bilanz als solches ausweist.

Der Zwang der Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung kann aber wohl nicht auf dem Wege einer Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers nach Treu und Glauben und den guten Sitten erreicht werden. Der Versuch von Herting wäre doch nur dann als geglückt anzusehen, wenn dem Sicherungseigentümer bei Befolgung der von Herting vorgeschlagenen Kenntlichmachung die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung nicht mehr vorgeworfen werden könnte und wenn dann andererseits die unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers bei Beobachtung der im Geschäftsverkehr erforderlichen Sorgfalt von der Sicherungsübereignung Kenntnis erhalten würden. Solche bestimmte Formen der Kenntlichmachung sind aber von Herting nicht vorgeschlagen worden, sie konnten auch nicht vorgeschlagen werden, weil sie sich aus einer — sei es auch noch so weitgehenden — Beschränkung der Rechtsmacht des Sicherungseigentümers nach Treu und Glauben und den guten Sitten nicht ergeben. Allerdings ist der Maßstab von Treu und Glauben wie der der guten Sitten ein anderer geworden, als er früher war, er ist strenger geworden, und die an den einzelnen Rechtsgenossen zu stellenden Anforderungen sind im allgemeinen höher zu schrauben (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 658; siehe auch im Text S. 60 ff.). Aber eine derartig umstrittene Frage, wie es die nach der Beseitigung der Heimlichkeit der Sicherungsübereignung ist (vgl. dazu im Text S. 29 f.), kann wohl nicht auf dem Umweg über eine nach Treu und Glauben und den guten Sitten zu bestimmende Beschränkung der dinglichen Rechtsstellung des Sicherungseigentümers entschieden werden.

Allerdings sind die durch Treu und Glauben und die guten Sitten gezogenen Schranken der Rechtsausübung an sich geeignet, in der Frage des Gläubigerschutzes, auch soweit es die

Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung betrifft, einen Schritt weiter zu führen:

Der Grundsatz von Treu und Glauben ermöglicht es, die Interessen der Gläubiger in weiterem Umfange als bisher zu berücksichtigen. Denn die Gläubiger konnten bisher regelmäßig nur dann mit Erfolg gegen die Sicherungsübereignung vorgehen, wenn auf Seiten des Sicherungseigentümers ein Verschulden vorlag (vgl. im Text S. 25). Da sich der Sicherungseigentümer schon dann nicht auf seine Rechtsmacht berufen darf, wenn er gegen Treu und Glauben verstößt, ist das Vorliegen eines Verschuldens nicht erforderlich. Dieses spielt bei Abwägung der Interessen nach Treu und Glauben vielmehr nur im Rahmen der Gesamtwertung des Verhaltens eine Rolle. Für eine solche Bewertung kann die Tatsache, daß ein Verschulden vorliegt, entscheidend sein, notwendig ist aber zur Annahme eines Verstoßes gegen Treu und Glauben ein irgendwie geartetes Verschulden nicht (wohl herrschende Meinung; vgl. besonders Siebert, „Verwirkung", S. 121). Während also die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung bisher allein von dem Verhalten des Sicherungseigentümers, gegebenenfalls von dem des Schuldners abhing, kann an sich die durch § 242 BGB ermöglichte Interessenabwägung unter Berücksichtigung des überwiegenden Allgemeininteresses zu einer so starken Bewertung der äußeren zu Gunsten der unbeteiligten Gläubiger wirkende Umstände führen, daß die Rechtsausübung des Sicherungseigentümers schon aus diesem Grunde für unzulässig erklärt werden muß.

Auch die Annahme eines Sittenverstoßes, der die Ausübung eines Rechts unzulässig erscheinen läßt, setzt kein Verschulden voraus. Diese richtet sich vielmehr nur nach der Verwerflichkeit der Handlung (vgl. hierzu Siebert, „Verwirkung", S. 108 ff., besonders S. 110). Zwar wird auch in der Regel zur Begründung eines Sittenverstoßes der innere Tatbestand hervortreten, entscheidend ist er aber nicht.

Bei der Rechtsanwendung auf den Einzelfall, also in der Praxis, wird jedoch, soweit sich die Angriffe der Gläubiger unmittelbar oder mittelbar gegen den Bestand der Sicherungsübereignung richten (vgl. S. 23), auf Grund der nach Treu und Glauben und den guten Sitten gezogenen Rechtsausübungsschranken ein größerer Schutz der unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers als bisher nicht erreicht werden können. Denn, wie wir sehen, kann die Offenkundigkeit der Sicherungsübereignung auf dem Wege der Beschränkung der Rechte des Sicherungseigentümers nicht unmittelbar herbeigeführt werden, vielmehr kann immer nur Auswüchsen und Mißbräuchen entgegengetreten werden. Aber auch hier darf die Mißbrauchsbekämpfung nicht dazu führen, daß die Sicherungsübereignung als solche als brauchbares Kreditsicherungsmittel ausscheidet. Wir sahen aber, daß schon heute der vom Reichsgericht zu § 826 BGB entwickelten Rechtsprechung der Vorwurf gemacht wird,

sie werde den Bedürfnissen des Wirtschaftsverkehrs nicht gerecht, weil sie zur Folge habe, daß die Sicherungsübereignung zur Bedeutungslosigkeit herabsinkt. (Vgl. im Text S. 26 f.). In der Praxis wird daher die Grenzziehung zwischen erlaubten und unerlaubten Sicherungsübereignungen auf Grund der durch die §§ 242 und 826 BGB gezogenen Schranken der Rechtsausübung kaum anders erfolgen können, als dies bereits in der Rechtsprechung auf dem Wege über § 826 BGB in seiner Eigenschaft als Bestimmung des Schadensersatzrechts geschehen kann und geschieht (im Ergebnis ebenso wohl auch Neuschäffer in der Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 637 f. Er weist insbesondere auch den wirtschaftlichen Fachgruppen und dem organisatorischen Aufbau der Wirtschaft überhaupt, also der Wirtschaftspraxis die Aufgabe zu, den Auswüchsen der Vertragstechnik, insbesondere auf den Gebieten des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung Einhalt zu gebieten).

§ 18.

Der Sicherungseigentümer in der Stellung als Pfandgläubiger, der nicht im Besitz des Sicherungsgutes ist. Insbesondere die Anwendbarkeit der §§ 805 ZPO und 48 KO auf das Sicherungseigentum.

Da die Heimlichkeit der Sicherungsübereignung ohne Eingreifen des Gesetzgebers wohl nicht beseitigt werden kann, kommt der Beseitigung des aufgezeigten anderen Hauptmangels der Sicherungsübereignung besondere Bedeutung zu. Dieser besteht darin, daß der Sicherungseigentümer in seinen Rechten den unbeteiligten Gläubigern des Sicherungsgebers gegenüber durch den Sicherungszweck nicht beschränkt ist. (Vgl. im Text S. 12, 27 ff.).

Der Sicherungseigentümer macht seine Eigentumsrechte bei Pfändung des Sicherungsgutes mit der Widerspruchsklage (§ 771 ZPO) und im Konkurs des Sicherungsgebers mit der Aussonderungsklage (§ 43 KO) geltend.

Eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien über die Rechtsnatur der Widerspruchsklage ist nicht erforderlich. Denn in der Erhebung der Widerspruchsklage ist auf jeden Fall eine „Rechtsausübung" des Eigentumsrechts zu erblicken:

Es stehen sich die sog. privatrechtliche (materiellrechtliche) und die prozeßrechtliche Auffassung gegenüber. Nach der privatrechtlichen Auffassung entspringt die Widerspruchsklage des Eigentümers dem durch die Pfändung gestörten Eigentumsrecht. Diese Klage ist danach also nur die besonders geregelte Geltendmachung des aus dem Eigentum fließenden Anspruchs gegen den Störer (eine actio negatoria; vgl. etwa Kühne in Gruch. Beitr. Bd. 23 S. 203). Die Erhebung der Widerspruchsklage durch den Sicherungseigentümer ist also nach dieser Ansicht ohne weiteres eine Ausübung des Eigentumsrechts.

Die herrschende, anzuerkennende prozeßrechtliche Auffassung geht davon aus, daß der Grund des im § 771 ZPO gegebenen

Rechtsbehelfs lediglich in der unvermeidlichen Unzulänglichkeit der Prüfung fremder Rechte im Zwangsvollstreckungsverfahren, also in dem Übergriff der staatlichen Vollstreckung liegt. Zur Brechung des eingetretenen prozeßrechtlichen Erfolges (der sog. Pfandverstrickung) bedarf es eines prozeßrechtlichen Mittels, eben der Widerspruchsklage, die daher keine Leistungsklage ist, sondern sich als eine auf Abänderung des eingetretenen prozeßrechtlichen Erfolges gerichtete Gestaltungsklage darstellt (darüber vgl. eingehend Oertmann in JRsch 1933 I S. 165 ff.; s. auch Stein-Jonas, Erl. I zu § 771 ZPO). Die wichtigste Folge der prozeßrechtlichen Auffassung ist, daß das materielle Recht des Widersprechenden nicht Streitgegenstand ist, weil das Objekt der Zwangsvollstreckung nicht im Streit befangen ist, und daß dieses Recht also auch nicht von der Rechtskraft betroffen wird. Die Entscheidung der Widerspruchsklage hängt aber auch nach dieser Ansicht einzig und allein von dem Bestand und der Wirksamkeit des materiellen Rechts ab, mit dem diese Klage zu begründen ist. Wenn also der Sicherungseigentümer die Widerspruchsklage erhebt, macht er ein sich auf sein Eigentum gründendes Recht geltend — wenn es sich auch dabei nicht um einen auf eine Leistung gerichteten Anspruch handelt —, er übt also sein Eigentumsrecht aus.

Auch den Aussonderungsanspruch nach § 43 KO muß der Sicherungseigentümer „auf Grund seines Rechts" geltend machen. In der Erhebung dieses Anspruchs liegt also immer auch eine Ausübung des Eigentumsrechts (vgl. Jaeger, Anm. 6, und Mentzel, Anm. 1 zu § 43 KO).

Wann verstößt nun der Sicherungseigentümer bei einer solchen Geltendmachung seines Eigentumsrechtes gegen Treu und Glauben?

Die Sicherungsübereignung verdankt, wie dargelegt wurde (vgl. im Text S. 6 ff.), ihre Entstehung und Anerkennung dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach einem unseren Recht unbekannten Besitzlosenpfandrecht. Der Sicherungseigentümer soll sich also wegen seiner Forderung aus den Sachen befriedigen können, ohne daß ihm diese übergeben zu werden brauchen, wie es bei der Pfandrechtsbestellung erforderlich wäre. Trotzdem kann man nicht sagen, der Sicherungseigentümer verstoße auf jeden Fall dann gegen Treu und Glauben, wenn er seine vollen Eigentumsrechte geltend macht. Denn in der Übertragung vollen Eigentumsrechts, wo wirtschaftlich nur ein Pfandrecht bestellt werden soll, liegt an sich noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben. Eine andere Auffassung würde dem Wesen der Sicherungsübereignung in ihrer Eigenschaft als Treuhandgeschäft nicht gerecht.

Wir sahen aber, daß die Rechte eines Einzelnen ihren Inhalt nicht aus sich selbst oder nur auf Grund von Parteivereinbarungen erhalten, daß vielmehr der Einzelne in seinem Handeln und Wollen ein Glied der Gemeinschaft ist und

deshalb jedes Recht mit dem Interesse der Gemeinschaft vereinbar sein muß. Wo aber zu bestimmen ist, welche Handlung sich im Rahmen von Treu und Glauben hält, ist dieser natürlichen Verbundenheit des Einzelnen mit der Gemeinschaft Geltung zu verschaffen. (Vgl. im Text S. 62 ff.). Da sich nun die Rechtsausübung des Sicherungseigentümers in den durch Treu und Glauben gezogenen Schranken zu halten hat, ist zu prüfen, inwieweit das Allgemeininteresse die Rechte des Sicherungseigentümers einengt.

Die Gefahren, die das Bestehen des Sicherungseigentums wegen der völligen Undurchsichtigkeit der Eigentumslage für die Allgemeinheit mit sich bringt, wurden bereits aufgezeigt (S. 11 f.), und sie sind heute allgemein zugegeben. Wegen dieser Gefahren sind die zahlreichen Vorschläge zur Reform der Sicherungsübereignung gemacht worden, und nur sie erklären die in Lehre und Rechtsprechung unternommenen Versuche, den Sicherungseigentümer auf das Recht vorzugsweise oder abgesonderter Befriedigung zu beschränken (vgl. §§ 12—14 der Arbeit). Wie groß die in der Sicherungsübereignung für die Allgemeinheit liegenden Gefahren sind, läßt auch das bereits erwähnte Urteil des LG Breslau vom 18. 1. 1934 (DJ 1935 S. 413; vgl. im Text S. 10) erkennen, das die Sicherungsübereignung wegen dieser Gefahren für unvereinbar mit unserer heutigen Weltanschauung hält. So wird denn auch im neuesten Schrifttum die Sicherungsübereignung nicht mit Unrecht als „gemeingefährlich" bezeichnet (Würdinger im NS-Handbuch S. 1122; s. auch Siebert, ebenda, S. 968). Es kann nach allem zunächst ohne weiteres gesagt werden, daß der Sicherungseigentümer, der der Allgemeinheit gegenüber den Schuldner als Eigentümer des Sicherungsgutes erscheinen läßt und so die Umwelt täuscht und dem redlichen Verkehr einen schweren Stoß versetzt, dann gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er sich zum Nachteil unbeteiligter Dritter, d. h. der anderen Gläubiger des Sicherungsgebers, in weiterem Umfange auf sein Eigentumsrecht beruft, als es sein Interesse erfordert. Da aber die Sicherungsübereignung nur ein Ersatz des Besitzlosenpfandrechts ist, ist der Sicherungseigentümer diesen Gläubigern gegenüber einem Pfandgläubiger gleichzustellen.

Ein Pfandgläubiger kann aber einer Pfändung der Pfandsache nur dann nach § 771 ZPO widersprechen, wenn er sie besitzt. Befindet er sich nicht im Besitz der Sache, so steht ihm nur die „mindere Widerspruchsklage", die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO zu. Allerdings ist nach allgemeiner Ansicht das Widerspruchsrecht des Pfandgläubigers regelmäßig — wenn auch nicht unbedingt — schon dann gegeben, wenn er mittelbarer Besitzer ist. Der Sicherungseigentümer ist aber ein solcher mittelbarer Besitzer. Trotzdem kann ihm das Widerspruchsrecht nicht zuerkannt werden. Denn die gesetzliche Regelung geht davon aus, daß es ein Besitz-

mittlungsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Schuldner nicht gibt. Nach ihr ist es gerade im Interesse der Verkehrssicherheit, also der Allgemeinheit, unzulässig, daß der Schuldner während des Bestehens der dinglichen Berechtigung des Gläubigers im Besitz des Sicherungsgutes ist. (§§ 1205, 1253 BGB). Aus diesem Grunde ist ja auch die Sicherungsübereignung eine Umgehung des Gesetzes (vgl. im Text S. 6 ff.). Dies wird von Hildebrandt („Rechtsfindung", S. 73) nicht beachtet. Denn dieser hält die Gleichstellung des Sicherungseigentümers mit einem Pfandgläubiger nur aus dem Grunde für unzulässig, weil der Sicherungseigentümer (mittelbarer) Besitzer ist. Auf den durch den Schuldner als unmittelbaren Besitzer vermittelten Besitz des Sicherungsgutes kann sich also der Sicherungseigentümer zur Begründung seines Widerspruchsrechtes nicht berufen. Er ist vielmehr einem Pfandgläubiger, der sich nicht im Besitz der Sache befindet, gleichzustellen. Infolgedessen kann der Sicherungseigentümer einer Pfändung des Sicherungsgutes nicht auf Grund des § 771 ZPO widersprechen, sondern nur wie ein Pfandgläubiger, der sich nicht im Besitz der Sache befindet, seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös im Wege der Klage nach § 805 ZPO geltend machen.

Im Konkurs berechtigt ein Pfandrecht nur zur abgesonderten Befriedigung aus den verpfändeten Gegenständen (§ 48 KO). Da der Sicherungseigentümer wegen der ihm bei Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben gezogenen Schranken den Gläubigern des Sicherungsgebers gegenüber keine größeren Rechte als ein Pfandgläubiger beanspruchen darf, kann er also im Konkurs des Sicherungsgebers nicht auf Grund seines Eigentumsrechts Aussonderung des Sicherungsgutes nach § 43 KO, sondern nur abgesonderte Befriedigung gemäß § 48 KO verlangen. Ebenso gilt auch der Grundsatz der Ausfallhaftung (§ 64 KO) uneingeschränkt für das Sicherungseigentum. (S. auch §§ 153, 156, 168 Ziff. 3, 196 KO).

Obwohl die Sicherungsübereignung nur ein Ersatz des Besitzlosenpfandrechts ist, hat der Sicherungseigentümer vielfach auf Grund des Übereignungsvertrages mehr Rechte als ein Pfandgläubiger verliehen bekommen. Als solches Recht kommt insbesondere das Recht auf freiere Verwertung des Sicherungsgutes, vor allem das Recht in Frage, das Sicherungsgut gegebenenfalls freihändig zu verkaufen oder es zu einem bestimmten Preise zu übernehmen (vgl. dagegen §§ 1229, 1233 ff. BGB!). Bei der Gleichbehandlung des Sicherungseigentums mit einem Pfandrecht würde der Sicherungseigentümer in solchen Fällen seinen Interessen zuwider in seinen Rechten beeinträchtigt. Es ist zum Beispiel durchaus möglich, daß bei einer Versteigerung des Sicherungsgutes ein geringerer Erlös erzielt wird, als es bei der vertraglich vereinbarten Verwertungsart der Fall gewesen wäre, sodaß der Sicherungseigentümer unter Umständen aus diesem Grunde mit einem Teil seiner For-

derung ausfällt. Diese Beeinträchtigung muß aber der Sicherungseigentümer nach Treu und Glauben in Kauf nehmen:

Es ist zunächst zu bedenken, daß das Vollstreckungsgericht dann, wenn eine andere Verwertungsart des Sicherungsgutes, als sie die Versteigerung ist, aller Voraussicht nach einen größeren Erlös bringt, diese Verwertung nach § 825 ZPO anordnen wird. Allerdings ist hierzu ein Antrag des vollstreckenden Gläubigers oder des Schuldners erforderlich. Beide werden jedoch in ihrem eigenen Interesse diesen Antrag stellen, wenn dann eine bessere Verwertung wahrscheinlich ist. Denn der vollstreckende Gläubiger wird erst im Range nach dem Sicherungseigentümer befriedigt, und für den Schuldner bedeutet ein höherer Erlös eine umfangreichere Befreiung von seinen Verbindlichkeiten. Darüber hinaus kann sogar der Schuldner auf Grund des Sicherungsübereignungsvertrages dem Sicherungseigentümer gegenüber zur Stellung dieses Antrages verpflichtet sein. Auf dem Gebiete der Verwertung des dem Gläubigerzugriff verfallenen Vermögens macht sich gerade in der Praxis immer mehr eine Auflockerung bemerkbar. Die Versteigerung wird immer mehr in die Linie der ultima ratio zurückgedrängt, und die Regel wird die „anderweitige Verwertung" (Jonas in der Zeitschr. d. Akademie f. D. R. 1936 S. 19 f.). Ferner ist darauf hinzuweisen, daß dem Sicherungseigentümer entsprechend der Vorschrift des § 268 BGB das Recht zuzubilligen ist, die Zwangsvollstreckung durch Befriedigung des betreibenden Gläubigers abzuwenden (ius offerendi). Die Forderung des Drittgläubigers geht dann auf den Sicherungseigentümer über, soweit dieser sie erfüllt hat. Von diesem Recht wird der Sicherungseigentümer dann Gebrauch machen, wenn er hofft, bei einer freien Verwertung einen so hohen Erlös zu erzielen, daß seine Forderung und die des vollstreckenden Gläubigers gedeckt wird.

Schließlich hat — und das ist entscheidend — das Pfandrecht seine Ausgestaltung gerade im Interesse der Allgemeinheit, insbesondere der Verkehrssicherheit, erhalten. Jeder Pfandgläubiger ist immer auch an einer möglichst günstigen Verwertung des Sicherungsgutes interessiert. Aber er kann das Sicherungsgut infolge der gesetzlichen Regelung nicht frei verwerten. Und gegen Beeinträchtigungen, die sich auf Grund einer von den anderen Gläubigern des Schuldners betriebenen Versteigerung des Sicherungsgutes ergeben, ist auch er machtlos. Diese etwaigen Nachteile beruhen eben auf der Notwendigkeit, den anderen Gläubigern die Möglichkeit zu geben, das belastete — wie auch das nur zur Sicherung übereignete — Vermögen des Schuldners zu verwerten und sich aus dem gegebenenfalls verbleibenden Überschuß zu befriedigen. Der Sicherungseigentümer, der den „gemeingefährlichen", die anderen Gläubiger des Schuldners täuschenden Zustand geschaffen hat, der gerade durch die Ausgestaltung des Pfandrechts vermieden werden sollte, würde gegen

Treu und Glauben verstoßen, wenn er diesen Gläubigern gegenüber mehr Rechte beanspruchte, als sie dem Pfandgläubiger zustehen, der sich des gesetzlich geregelten Kreditsicherungsmittels bedient hat.

Das Ergebnis ist also:

Die dem Sicherungseigentümer bei Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben gezogenen Schranken wirken sich dahin aus, daß er den anderen Gläubigern des Sicherungsgebers gegenüber keine anderen Rechte geltend machen kann, als sie einem Pfandgläubiger zustehen, der nicht im Besitz des Sicherungsgutes ist. Der Sicherungseigentümer kann insbesondere bei Pfändung des Sicherungsgutes nur Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO erheben und im Konkurs des Sicherungsgebers nur abgesonderte Befriedigung nach § 48 KO verlangen.

Man könnte diesem Ergebnis entgegenhalten, das Interesse des Schuldners sei bei der zwischen seinen Gläubigern nach Treu und Glauben vorgenommenen Interessenabwägung nicht gebührend berücksichtigt worden. Denn der Schuldner erfahre eine Schädigung, die über das in dem Sicherungsübereignungsvertrage vereinbarte Maß hinausgeht, weil durch die anderen Gläubiger die Verwertung des Sicherungsgutes ohne Rücksicht darauf erzwungen werden könne, ob die Forderung des Sicherungseigentümers fällig ist, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Sicherungseigentümer nach dem Treuvertrag selbst nicht zur Verwertung berechtigt ist und nicht einmal feststeht, ob überhaupt eine solche Berechtigung eintritt. Diese Bedenken äußert Boschan in JW 1912 S. 9 ausdrücklich, und zwar hebt er hervor, dem mit der Sicherungsübereignung verfolgten Hauptzweck würde bei einer Gleichbehandlung des Sicherungseigentums mit einem Pfandrecht nicht Rechnung getragen, denn dieser bestehe darin, dem Sicherungseigentümer die veräußerten Sachen dauernd auch gegenüber den Angriffen dritter Gläubiger zu erhalten. Solche Erwägungen sind aber nicht stichhaltig:

Soweit es sich um die Vollstreckung im Wege des Konkurses handelt, ergibt sich dies schon aus dem Zweck des Konkursverfahrens. Denn dies soll ja zur gemeinsamen Befriedigung aller Gläubiger des Gemeinschuldners führen, und es gelten deshalb auch die Forderungen aller Gläubiger grundsätzlich als fällig (vgl. §§ 1, 3, 65 ff. KO). Der Schuldner erleidet also nicht infolge der Sonderbehandlung des Sicherungseigentums einen Schaden, sondern wegen der Notwendigkeit, sein Vermögen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung zu verwerten. Dasselbe gilt aber auch für die Einzelvollstreckung im Wege der Pfändung. Denn die Nachteile, die sich für den Schuldner aus der Vollstreckung der Gläubiger in das Sicherungsgut ergeben, sind dadurch bedingt, daß sich die Gläubiger zur Beitreibung ihrer Forderungen der ihnen auf Grund des Vollstrek-

kungsrechtes gegebenen staatlichen Machtmittel bedienen müssen. Das Interesse des Schuldners daran, daß die an der Sicherungsübereignung unbeteiligten Gläubiger nicht in das Sicherungsgut vollstrecken, läuft darauf hinaus, das Sicherungsgut im Wege der Sicherungsübereignung dem Zugriff dieser Gläubiger zu entziehen. Das ist aber nicht schutzwürdig. Solche Sicherungsübereignungen, die zu dem Zwecke vorgenommen werden, das Sicherungsgut vor Pfändung durch andere Gläubiger „gefeit" zu machen, sind vielmehr unredlich. Gerade sie werden von der Rechtsordnung mißbilligt und sollen verhindert werden (vgl. dazu die §§ 5 und 6 der Arbeit).

Für das hier gewonnene Ergebnis ist ebenso die Frage unerheblich, ob die Vollstreckung im Einzelfall für den Schuldner besondere Härten mit sich bringt. Denn dies ist eine Frage des Schuldnerschutzes (Vollstreckungsschutzes), die unabhängig von der hier vorgenommenen Untersuchung zu entscheiden ist, inwieweit den Gläubigern grundsätzlich die Möglichkeit der Vollstreckung zu gewähren ist. Aus dem gleichen Grunde braucht auch nicht auf die umstrittene Frage nach der Wirksamkeit von Sicherungsübereignungen unpfändbarer Gegenstände eingegangen zu werden (vgl. dazu Liefeldt in JW 1935 S. 1208 ff.).

4. Kapitel. Zugleich § 19.

Rechtspolitische Rechtfertigung der Lösung.

Der Gläubigerschutz ist Grundlage jeder Kreditwirtschaft. Der Kaufmann, der sich zu einer Leistung oder Hergabe von Geld bereitfindet, muß die Gewißheit haben, daß er seine berechtigten Ansprüche gegen den Schuldner durchsetzen kann. Wie auf der einen Seite der Schuldner gegen Übergriffe und unbillige Nachteile in der Zwangsvollstreckung geschützt werden muß, ist auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Gläubigers Rechnung zu tragen. Gerade die neuere Gesetzgebung sucht dieser Forderung mehr als bisher nachzukommen. So wurde die Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 umgestaltet, weil die Bestrebungen böswilliger Schuldner, sich auf Kosten der Gläubiger zu bereichern, schärfer als bisher bekämpft und die „Versuche einzelner Gläubiger, sich auf Kosten der Mitgläubiger Sondervorteile zu verschaffen, nachdrücklicher unterbunden werden sollen, ... damit die Belange des Volksganzen zur Geltung kommen" (amtliche Begründung zur Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935 in DJ 1936 S. 389; vgl. Vogels, Einl. I 4; Brinkmann in DJ 1936 S. 1052). Die rechtspolitische Forderung geht also dahin, daß die berechtigten Interessen der Gläubiger geschützt und die unredlichen, die Gläubiger benachteiligenden Machenschaften des Schuldners bekämpft werden, daß insbesondere vermieden wird, daß ein einzelner Gläubiger auf Kosten der anderen Gläubiger Sondervorteile erhält. (Vgl. hierzu auch § 39 Abs. 3 der Erbhofrechtsverordnung vom 21. 12. 36, der ebenfalls dieser rechtspoliti-

schen Forderung dient). Es kann wohl gesagt werden, daß die hier vorgeschlagene Behandlung des Sicherungseigentums diesen Forderungen besser nachkommt, als dies nach dem bisherigen Rechtszustand geschieht.

Zunächst kann sich der Vollstreckungsgläubiger — was bisher nicht möglich war — auch aus dem Wert des Sicherungsgutes befriedigen, der über die Höhe der Forderung des Sicherungsnehmers hinausgeht. Ferner wird bei Anwendung des § 805 ZPO auf das Sicherungseigentum die Sicherungsübereignung nicht mehr in dem bisherigen Umfange dazu mißbraucht werden können, das Vermögen des Schuldners jeglicher Vollstreckung zu entziehen. Mittels der Sicherungsübereignung entgeht der Schuldner nicht mehr der Gefahr der Zwangsveräußerung, denn die anderen Gläubiger können dann auf jeden Fall die Verwertung des Sicherungsgutes erzwingen. Weiter hat nunmehr der Sicherungseigentümer sein Recht und seine Forderung zu beweisen, während bisher die unbeteiligten Gläubiger des Sicherungsgebers die Unredlichkeit der Sicherungsübereignung darzutun hatten (vgl. im Text S. 25 ff.). Dies erscheint durchaus billig, da es sich ja um eine von ihm selbst vorgenommenes Rechtsgeschäft handelt, um sein Verhältnis zum Schuldner. Den anderen Gläubigern des Sicherungsgebers ist dementgegen jeder Einblick in die Entstehung der Sicherungsübereignung, überhaupt das Verhältnis zwischen Schuldner und Sicherungsnehmer verschlossen. Darüber hinaus wird die Anwendung des § 805 ZPO auf das Sicherungseigentum in vielen Fällen spätere Gläubiger davor bewahren, daß sie über die wahre Vermögenslage eines schon längst kreditunwürdigen Schuldners getäuscht werden. Denn der pfändende Gläubiger wird häufig „den unterhöhlten Bau eines unhaltbaren Geschäftsbetriebes zum Einsturz bringen, bevor noch weitere Lieferanten unter dieses wankende Dach ihre Waren einführen und dadurch ihre Forderungen verlieren" (v. Liebig und Bechert in KVj.-Schr. 1934 S. 170; vgl. auch O. Schmidt, S. 100 ff.).

Zur Rechtfertigung des Ergebnisses soll ferner darauf hingewiesen werden, daß der Widerspruch beseitigt wird, der in der unterschiedlichen Behandlung des Sicherungseigentums liegt, je nachdem ob es sich um eine Zwangsvollstreckung im Wege der Pfändung oder des Konkurses handelt. Darüber hinaus wird die Gleichbehandlung des Privatgläubigers mit dem Steuergläubiger (vgl. im Text S. 56 f.) erreicht. Es soll noch bemerkt werden, daß für die Frage nach der Urkundensteuer der Sicherungsübereignungsvertrag schon heute wie ein Pfandbestellungsvertrag behandelt wird (s. § 24 Urkundensteuergesetz vom 5. Mai 1936, RGBl. I S. 407 ff.).

In diesem Zusammenhange sollen auch noch einmal die Reformvorschläge erwähnt werden, nach denen es ja fast als selbstverständlich angesehen wird, daß die Stellung des Sicherungsnehmers der eines Pfandgläubigers gleich oder doch ähnlich auszugestalten ist.

Manche glauben nun, es führe dennoch ad absurdum, wenn das

Sicherungseigentum wie ein Pfandrecht behandelt werde, weil dies praktisch die Anerkennung der Begründung eines Besitzlosenpfandrechts bedeute, die das geltende Recht nicht zulasse (vgl. etwa H. Lehmann, S. 69, 72). Es müsse den Parteien überlassen bleiben, eine Eigentumsübertragung, die ja im Gegensatz zur Pfandbestellung durch Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses erfolgen könne, auch zu Sicherungszwecken vorzunehmen. In solchen Fällen seien sich die Parteien dessen bewußt, daß dem Gläubiger mehr Rechte übertragen werden, als zur Sicherung erforderlich sei, und es gehe nicht an, einen solchen Eigentümer wie einen Pfandgläubiger zu behandeln. Nicht die Sicherungsübereignung an sich sei eine Umgehung des Gesetzes, sondern die praktische Gleichbehandlung des Sicherungseigentums mit einem Pfandrecht mache sie dazu (so H. Lehmann S. 69).

Wir sahen aber (im Text S. 6 ff.), daß die Sicherungsübereignung als solche eine Umgehung des Gesetzesrechts, und zwar der Bestimmungen des BGB über das Pfandrecht ist. Nur weil ein dahingehendes Bedürfnis besteht, daß ein Schuldner auch Sachen, deren Besitz und Nutzungsmöglichkeit er nicht entbehren kann, zur Kreditsicherung verwendet, konnte sie sich gewohnheitsrechtlich bilden, und lediglich aus diesem Grunde konnte dieses Gewohnheitsrecht auch anerkannt werden. Wenn man dies offen anerkennt, ist es nicht nur nicht widersinnig, sondern im Gegenteil folgerichtig, daß dem Sicherungseigentümer nicht mehr Rechte zuerkannt werden, als sie einem Pfandgläubiger zustehen. Denn sonst würde der Sicherungseigentümer, wenn man so sagen kann, zum Dank dafür, daß er das zum Schutz der Allgemeinheit gesetzlich festgelegte Verbot des Besitzlosenpfandrechts umgeht, zum Schaden der Allgemeinheit mehr Rechte erhalten als ein Pfandgläubiger.

Allerdings ist zu fordern, daß das entgegen den Bestimmungen des BGB eingeführte Besitzlosenpfandrecht auch dem unser Sachenrecht beherrschenden Grundsatz der Offenkundigkeit Rechnung trägt, worauf Lehmann ausdrücklich hinweist (S. 72). Daraus, daß die Kenntlichmachung der Sicherungsübereignung nach geltendem Recht nicht erzwungen werden kann, ist aber nicht etwa zu folgern, daß der Sicherungseigentümer nach geltendem Recht auch nicht nur wie ein Pfandgläubiger behandelt werden darf. Im Gegenteil kommt, wie wir sahen, gerade aus diesem Grunde der Möglichkeit besondere Bedeutung zu, die Wirkungen der Sicherungsübereignung schon nach geltendem Recht denen einer Pfandbestellung anzugleichen.

Die Sicherungsübereignung hat also die rechtspolitische Aufgabe, das Besitzlosenpfandrecht zu ersetzen — nur weil diese Aufgabe zu erfüllen ist, konnte sie anerkannt werden. Aus dieser Erkenntnis folgt ohne weiteres, daß das Sicherungseigentum, das ja dem Gläubiger nur zu Sicherungszwecken übertragen wird, einen anderen Inhalt hat und somit auch andere Wirkungen haben muß als das — im BGB geregelte — Nutzungseigen-

tum, bei dessen Übertragung davon ausgegangen wird, daß sie (auch) zu Umsatzzwecken geschieht. Dieser inhaltlichen Verschiedenheit trägt aber die hier vorgeschlagene Lösung — im Gegensatz zu der bisherigen Behandlung des Sicherungseigentums — Rechnung. Und diese Lösung wurde nicht auf Grund einer Durchbrechung der in dem System des Sachenrechts liegenden Bindung (des numerus clausus) gewonnen, sondern durch Ausfüllung des im § 242 BGB festgelegten Begriffes von Treu und Glauben. Auf dem Wege über die durch § 242 BGB gebotenen Schranken der Rechtsausübung, die nicht nur im Interesse des Vertragsgegners, sondern auch der Allgemeinheit gezogen sind, konnte der funktionellen Verschiedenheit des Sicherungseigentums von sonstigem Eigentum Geltung verschafft werden. Wenn also auch — nicht zuletzt infolge der Bindung an das System — nicht an die im alten deutschen Recht mögliche dingliche Zweckbeschränkung des Eigentums entsprechend dem Zweck der Eigentumsübertragung angeknüpft werden konnte, so konnte doch einem anderen, damit eng verbundenen deutschen Rechtsgedanken schon auf geltender Rechtsgrundlage Geltung verschafft werden, nämlich dem, daß sich alle Rechte des Einzelnen aus dessen Stellung als Glied der Volksgemeinsghaft ergeben und somit dieser Gemeinschaft gegenüber Pflichten enthalten.

Daß das Ergebnis durch Anwendung einer der Generalklauseln begründet wurde, ist an sich nicht zu verwundern. Gerade die Generalklauseln ermöglichen es, für Erscheinungen, die aus wirtschaftlichen Bedürfnissen geboren und rechtlich nicht unmittelbar geregelt sind, eine deren Wesen gerecht werdende Lösung zu finden. Durch Anwendung der Generalklauseln können und sollen die rechtsverwaltenden Organe „rechtschöpferisch im eminenten Sinne" sein (vgl. Dölle in Schmollers Jahrb. 1933 S. 657; s. auch Hubernagel im NS-Handbuch S. 970 ff.). Diese „Rechtsschöpfungsfunktion" hat die Bestimmung des § 242 BGB, auf die sich unsere Lösung stützt, wiederholt bewiesen (man denke nur an die Aufwertung und Verwirkung). Von einer „Flucht in die Generalklauseln" (in Anlehnung an Hedemanns gleichnamige Schrift) als „bequemes Polster" (Hedemann, S. 67) kann wohl bei der hier gewonnenen Lösung nicht gesprochen werden (vgl. über die heutige Bedeutung der in den älteren noch geltenden Gesetzen enthaltenen Generalklauseln auch Siebert, „Rechtsmißbrauch", S. 209; Hubernagel, a.a.O.; Dölle, a.a.O., S. 658). Heck (S. 97) äußert sich, die logische Subsumtion eines neuen Tatbestandes unter eine alte Formel sei einfacher als seine interessengemäße Würdigung. In ähnlichem Sinne kann hier gesagt werden, daß es einfacher ist, den Sicherungseigentümer wie jeden anderen Eigentümer zu behandeln, als eine Beschränkung seiner Rechte auf Grund des in dem Grundsatz von Treu und Glauben zum Ausdruck kommenden Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens zu rechtfertigen.

LEBENSLAUF

Ich, Alexander Stuczynski, wurde am 10. September 1911 als Sohn des Verlagsdirektors Alexander Stuczynski und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Niemann, beide arischer Abstammung, in Neustadt an der Haardt geboren. Ab Ostern 1917 besuchte ich die Mittelschule in Sangerhausen (Prov. Sachsen), wohin meine Eltern inzwischen verzogen waren, und ab Ostern 1920 das dortige Gymnasium. Da meine Eltern wiederum verzogen, besuchte ich vom 17. Juni 1926 an das Gymnasium zu Worms. Dort erhielt ich am 22. Februar 1929 das Zeugnis der Reife.

Ich studierte sieben Semester an der Universität Bonn (S.-S. 1929 — S.-S. 1930 und S.-S. 1931 — W.-S. 1932/33) und ein Semester an der Universität München (W.-S. 1930/31) Rechtswissenschaft. Im letzten Studiensemester (W.-S. 1932/33) belegte ich als in Bonn Immatrikulierter Vorlesungen an der Universität Köln. Am 21. Oktober 1933 bestand ich in Düsseldorf die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 8. Januar 1934 bin ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst tätig.

Die juristische Doktorprüfung legte ich am 21. April 1937 an der Universität Bonn mit dem Prädikat gut (cum laude) ab.

Auf die Hauptmängel der Sicherungsübereignung für unbeteiligte Gläubiger des Sicherungsgebers bin ich vor allem durch den Verlauf eines Rechtsstreites hingewiesen worden, den ich während meiner Ausbildungstätigkeit beim Anwalt zu bearbeiten hatte, als ich gerade der amtlich bestellte Vertreter des ausbildenden Anwalts war. So lag für mich die Aufgabe nahe, zu untersuchen, ob nicht diese Mängel der Sicherungsübereignung auf geltender Rechtsgrundlage beseitigt werden können.

Auch an dieser Stelle sage ich Herrn Professor Dr. Dölle Dank für seine Bereitwilligkeit, die Dissertation zu beurteilen, die ich ohne Betreuung durch einen Dozenten angefertigt habe.